Die Anzeigepflicht des § 663 BGB

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Luise Sandrock
aus Kassel

Rostock 1935

Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg (Lahn)

Referent: Professor Dr. Henle.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

Seite

I.

§ 1. Einleitung und Entstehungsgeschichte des § 663 BGB 6

II.

Die Voraussetzungen der Anzeigepflicht.

§ 2. Der Begriff der Geschäftsbesorgung 9
§ 3. Die antwortpflichtigen Personen 18
§ 4. Das „Zugehen" eines Antrages 22

III.

§ 5. Der Inhalt der Anzeigepflicht 25

IV.

§ 6. Die Rechtsfolgen der Verletzung der Anzeigepflicht 26
1. Worauf ist die Schadensersatzpflicht zu gründen?
2. Der Umfang der Schadensersatzpflicht.

V.

Das Verhältnis des § 663 BGB zu verwandten Bestimmungen.

§ 7. Das Verhältnis des § 663 BGB zu § 146 BGB 28
§ 8. Das Verhältnis des § 663 BGB zu § 151 BGB 33
§ 9. Das Verhältnis des § 663 BGB zu § 30 der Rechtsanwaltsordnung und zu § 362 HGB 36

Literaturverzeichnis

Bab: Das Wesen und die Erfordernisse der Anzeige im Privatrecht. Diss. Königsberg 1911.
Bank-Archiv: Zeitschrift.
Baumbach: ZPO., 10. Auflage 1934.
Breit: Zur Lehre vom Rechtsgeschäft, im sächsischen Archiv für bürgerl. Recht und Prozeßrecht. Band 15.
Brodmann: In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Band IV, 2. 1918.
Brunner-Heymann: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 1923.
Burchard-de Boor: Bürgerliches Recht. 1930.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Auflage. 1927. I. Band.
Denkschrift zum Entwurf eines HGB.
Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reiches und Preußens, II. Band, 2. Abt., 1. und 2. Auflage, 1901.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, I. Bd., 3. Aufl. 1930.
„ Das Handelsgesetzbuch, IV. Band, 1932.
Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des BGB, Band I, 1. und 2. Auflage, Berlin 1903.
Ehrlich: Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Band, 9. Auflage, 1903.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Band, 1931.
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Band, 1932.
Entscheidungen des RG. in Zivilsachen.
Freund: Die stillschweigende Vertragsannahme. Dissertation Breslau 1899.
Friedlaender Dr. Adolf und Max: Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung 3. Auflage, 1930.
Hachenburg: Dienst und Werkvertrag im BGB, Mannheim 1898.
Heck: Grundriß des Schuldrechts, I. Band, 1929.
Hedemann: Schuldrecht des BGB, 2. Auflage, 1931.
Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Band, allgemeiner Teil, 1926.
„ Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Band, Schuldrecht, 1934.
„ Vorstellungs- und Willenstheorie, in der Lehre von der juristischen Willenserklärung Leipzig 1910.
„ Treu und Glauben im Rechtsverkehr, Berlin 1912.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem BGB für das Deutsche Reich, Jena 1900.
Isele: Geschäftsbesorgung, Marburg 1935.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, I. Band, 6. u. 7. Auflage 1931.
Juristische Wochenschrift: Organ des deutschen Anwaltsvereins, Leipzig.

Klein: Anzeigepflicht im Schuldrecht, Berlin 1908.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band II, 1. Abt., Berlin 1906.
Krasnopolski: Lehrbuch des österreichischen Privatrechts, III. Band, Obligationenrecht, 1910.
Kreß: Lehrbuch des besonderen Schuldrechts, Berlin 1934.
Lenel: Im Archiv für zivilistische Praxis, 129. Band, 1928, Seite 1 ff.
„ In Iherings Jahrbücher, Band 44, Seite 31 ff.
Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB, I. Band, 1929.
„ Besonderes Schuldrecht des BGB, II. Band, 1931.
„ Die Wahl bei der Wahlschuld, in Iherings Jahrb. 41. Band, 1900.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, I. Band, 1902.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I, 6. und 7. Auflage, 1914.
Meyer: Die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878, Berlin 1879.
v. Minningerode, A. F. Frhr.: § 675 im BGB und der Begriff der Geschäftsbesorgung, Dissertation Marburg 1907.
Motive zum Entwurf eines BGB, Band II, 1888.
Motive zur Rechtsanwaltsordnung.
Müller-Erzbach: Gefährdungshaftung, in Gruchot, Zivilistische Praxis, Band 106, Seite 433.
Neubert: Rechtsanwaltsordnung, 1935.
Neufeld-Schwarz: HGB, II. Band, 1931.
Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.
Oertmann: Komm. zum BGB., 2. Buch, 5. Auflage 1929.
Plancks Komm. zum BGB, I. Band, 4. Auflage 1913.
Plancks Komm. zum BGB, II. Band, 2. Hälfte, 4. Auflage 1928.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines BGB.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines ADHGB.
Rehme: Geschichte des Handelsrechts, I. Band des Handbuchs des gesamten Handelsrechts, 1913.
RGR. Kommentar zum BGB, II. Band, 1934.
Ritter: Kommentar zum BGB, 2. Auflage, 1932.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im bürgerl. Gesetzbuch, 2. Auflage, Berlin 1904.
Scholz: Verschulden beim Vertragsschluß, Dissertation Göttingen 1930.
Seuffert-Walsmann: Komm. zur ZPO. I. Band, 12. Auflage. München 1932.
Siber: Grundriß des deutschen bürgerl. Rechts, II. Band, Schuldrecht, Leipzig 1931.
Siber: In Iherings Jahrbücher, Band 70, Seite 223.
Staub's Komm. zum HGB, III. Band, 12. und 13. Auflage 1926.
Staub's Komm. zum HGB, III. Band, 14. Auflage 1933.
Staudinger: Komm. zum BGB, I. Band, 9. Auflage 1925.
„ Komm. zum BGB, II. Band, 9. Auflage 1929.
Titze: Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin 1910.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerl. Rechts, II. Band, 1. Hälfte 1914.
Weyl: In Gruchot, Band 64, Seite 257.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, 1900.

I.

§ 1. Einleitung und Entstehungsgeschichte des § 663 BGB.

§ 663 BGB bestimmt:

„Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Das Gleiche gilt, wenn sich jemand dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat."

Der § 663 steht unter dem Titel des Auftrags. Das BGB bedient sich dieses Wortes im doppelten Sinn. Im technischen Sinn bedeutet es einen Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein von einem anderen übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen. In dieser Bedeutung wird das Wort „Auftrag" in den §§ 671—674 gebraucht. In den §§ 662, 663 dagegen bedeutet „Auftrag" eine [einseitige] Willenserklärung, durch die jemand einen anderen auffordert, für ihn unentgeltlich ein Geschäft zu besorgen[1]). In diesem Sinn wirkt der Auftrag im allgemeinen nicht gegenüber dem Beauftragten, mit Ausnahme jedoch von § 663, der gewissen Personen eine Anzeigepflicht dem Auftraggeber gegenüber bei Nichtannahme des Auftrags auferlegt. Ein Vertrag kommt grundsätzlich durch Angebot und Annahme nach §§ 145 ff. zustande, also durch zwei gegenseitige Willenserklärungen[2]). Im freien Belieben des einzelnen liegt es, ob er kontrahieren will oder nicht. Die freie Vereinbarung bildet den Entstehungsgrund der rechtlichen Verpflichtung[3]). Vertragsfreiheit bedeutet sowohl Freiheit über den Inhalt des Vertrages als auch Abschlußfreiheit. Von letzterer ist hier die Rede. Durch das Zugehen eines Auftragsangebotes wird der Beauftragte nicht zur Annahme des Auftrags verpflichtet ,es sei denn, daß eine öffentlichrechtliche oder vertragliche Bindung, z. B. durch gültigen Vorvertrag, besteht. Fälle der öffentlichrechtlichen Bindung finden sich im HGB § 453, Postgesetz § 3, Gesetz über das Verlagsrecht § 26 und im Gesetz über das Telegraphenwesen § 5[4]).

1) Staudinger II. Band, Seite 1079.
2) Henle, I. Band, Seite 91 ff.
3) Nipperdey, Seite 4 und 5.

Ebenfalls besteht grundsätzlich keine Verpflichtung, auf ein Vertragsangebot zu antworten. Eine Ausnahme hiervon bildet jedoch der § 663. Das Gesetz verpflichtet hier gewisse Personen zur Mitteilung des Nichtannehmens, falls sie sich nicht dem im Glauben an die Annahme des Auftrags sich befindenden Auftraggeber schadensersatzpflichtig machen wollen. Diese Bestimmung ist eine beachtenswerte Vorstufe zum Kontrahierungszwang[5]). Eck[6]) bezeichnet den § 663 sogar als die sedes materiae des indirekten Kontrahierungszwanges, was um so mehr auffällt, als der Auftrag unentgeltlich ist. Der Grund, eine solche Bestimmung zu treffen, ist der Gedanke, daß der gewerbsmäßige Geschäftsbesorger Aufträge zur Geschäftsbesorgung im allgemeinen stillschweigend anzunehmen pflegt[7]), und daß er, falls er ablehnen will, den Ablehnungswillen dem Antragsteller zu erklären pflegt. Kohler[8]) führt aus, daß die Anzeigepflicht in § 663 soziale Züge des Schuldrechts kennzeichnet und den Grundsätzen der Menschenhilfe entspricht. Wenn er daraus folgert, daß es sich um eine soziale Pflicht handelt und nicht nur um eine Verpflichtung aus der Verkehrshandlung als Rechtshandlung, so daß auch bei Nichtigkeit der Verkehrshandlung eine Verpflichtung entspringt, so dürfte das wohl für heutige Verhältnisse zu weit gehen. Kohler denkt gewiß dabei an diesbezügliche Regelungen der früheren Zeit. Der § 663 hat seine ältesten Vorläufer im Handelsrecht des Mittelalters. Bei den regen deutsch-italienischen Handelsbeziehungen wurde das deutsche Recht im Mittelalter von dem italienischen Handelsrecht stark beeinflußt[9]). Ursprünglich war es so, daß jeder Kaufmann verpflichtet war, kaufmännische Aufträge anzunehmen und auszuführen[10]), so daß praktisch Kontrahierungszwang herrschte. Späterhin jedoch konnte der Kaufmann Aufträge eines anderen Kaufmannes ablehnen, aber er mußte einen triftigen Grund dafür haben, und es mußte ihm möglich sein, den Auftraggeber davon rechtzeitig zu benachrichtigen. Diese Antwortpflicht sieht Ehrlich als Berufspflicht der Kaufleute an, die aus den sozialen Verhältnissen der damaligen Zeit zu erklären ist. Infolge starker innerpolitischer und lokaler Kämpfe schlossen sich die Kaufleute zu Kaufmannsgilden zusammen, um ihr Standesgefühl zu stärken und die kaufmännischen Interessen der Mitglieder zu schützen und zu fördern und um sich gegenseitig vor Schaden zu bewahren. Einer

4) Staudinger, I. Teil, Seite 605 Anm. 2.
5) Nipperdey, Seite 52.
6) Eck, Seite 533.
7) Düringer-Hachenburg, Seite 766.
8) Kohler, Seite 23 ff.
9) Brunner-Heymann § 49, Seite 207.
10) Ehrlich, Seite 175.

solchen Schadensverhinderung diente auch die Antwortpflicht des Kaufmanns, wenn er einen ihm zugehenden Auftrag nicht annehmen wollte. Auf jene Zeit paßt die Ansicht Kohlers, daß es sich um eine soziale Pflicht handelt. Heute jedoch würde es eine starke Zumutung sein, wenn generell „jeder" Kaufmann auf „jedes" Schreiben antworten müßte. Das würde zu unhaltbaren Zuständen führen. Die erste Normierung dieser Antwortpflicht finden wir im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794, Teil I, 13. Titel §§ 13—16. Der § 13bestimmte: „Personen, welche zur Besorgung gewisser Angelegenheiten öffentlich bestellt werden, können dieselben nicht anders als aus erheblichen Ursachen, die sie sogleich anzuzeigen schuldig sind, ablehnen." Nach den §§ 14, 16 gilt im Falle der Verzögerung bzw. der Unterlassung der Anzeige der Auftrag als angenommen. Während diese Bestimmungen speziell Vorläufer des § 362 HGB sind, weil das Schweigen als Annahme gilt, ist der erste typische Vorläufer des § 362 HGB sind, weil das Schweigen als Annahme gilt, ist der erste typische Vorläufer des § 663 BGB der § 1003 des Allgemeinen Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuches, der vorschreibt, daß Personen, die zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt sind, über einen darauf sich beziehenden Auftrag ohne Zögerung gegen den Auftragenden sich ausdrücklich erklären, ob sie denselben annehmen oder nicht, widrigenfalls bleiben sie dem Auftragenden für den dadurch veranlaßten Nachteil verantwortlich[11]). Hier verpflichtet zum erstenmal in den Gesetzen das Schweigen zum Schadensersatz.

Ein anderer Vorläufer des § 663 BGB ist der § 30 der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878, die noch heute, wenn auch mit einigen Änderungen, geltendes Recht ist. § 30 bestimmt, daß der Rechtsanwalt, dessen Berufstätigkeit in Anspruch genommen wird und der den Antrag nicht annehmen will, sich schadensersatzpflichtig macht, falls er die Ablehnung nicht ohne Verzug erklärt. Das Schweigen gilt aber auch hier keinesfalls als Annahme, wohl schon im Hinblick auf § 31, der dem Rechtsanwalt vorschreibt, für gewisse Aufträge seine Berufstätigkeit zu versagen. Hier wäre eine Fiktion, daß der Auftrag beim Schweigen als angenommen gelte, unmöglich.

Dieser Gedanke der Antwortpflicht unter gewissen Voraussetzungen wurde auch ins BGB übernommen. Im ersten Entwurf für das heutige BGB finden wir in § 587 folgende Vorschrift: „Nimmt jemand, welcher zur Besorgung gewisser Geschäfte entweder öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, einen auf

11) Krasnopolski § 70, Seite 353 ff.

solche Geschäfte gerichteten Antrag nicht an, so ist er verpflichtet, dem Auftraggeber die Ablehnung unverzüglich anzuzeigen." Nach den Motiven[12]) sollte bei Verletzung der Verpflichtung nur eine Schadensersatzpflicht entstehen, nicht etwa sei wie im Handelsrecht das Schweigen als Annahme aufzufassen.

Da im zweiten Entwurf der Auftrag ein unentgeltlicher sein sollte, wurden die Worte „öffentlich bestellt" mit der Begründung gestrichen, daß nur Beamte öffentlich bestellt seien und diese seien schon auf Grund ihrer Amtspflicht zur Übernahme und Besorgung gewisser Aufträge verpflichtet. In § 605 des zweiten Entwurfes war für den [entgeltlichen] Dienstvertrag eine entsprechende Vorschrift geschaffen. Nachdem der Bundesrat aber die alte Fassung des ersten Entwurfes wiederhergestellt hatte, wurde § 605 wieder gestrichen und im jetzigen § 675 eingefügt. Außerdem wurde von der zweiten Kommission noch der Fall „des Erbietens einer bestimmten Person gegenüber" aufgenommen. So entstand der § 663 des BGB.

II. Die Voraussetzungen der Anzeigepflicht.

§ 2. Der Begriff der Geschäftsbesorgung.

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, den Begriff der Geschäftsbesorgung, der äußerst umstritten ist, abschließend zu erörtern, aber da die Geschäftsbesorgung ein wichtiges Tatbestandsmerkmal des § 663 bildet, ist es unerläßlich, wenigstens die Hauptmeinungen, die in der Literatur vertreten werden, zu betrachten.

Der Ausdruck Geschäftsbesorgung findet sich im Gesetz u. a. im BGB §§ 662 ff., 675, 677, 831 Abs. 2, 196, 1357, 1959, 1978; HGB §§ 346, 362; KO §§ 23 Abs. 2, 27.

In der Lehre finden sich die verschiedensten Versuche, den Tatbestand dogmatisch zu erklären. Dennoch läßt sich bis heute eine allgemein befriedigende Lösung des Problems, die allen Anforderungen genügen würde, nicht verzeichnen. Grundlegend im geltenden Recht ist der Begriff „Geschäftsbesorgung" im Auftragsrecht. Daher hat man ihn, von einigen Ausnahmen abgesehen, auch gerade im Zusammenhang mit den §§ 662 ff. erläutert.

Der Gesetzgeber selbst gibt keine Begriffsbestimmung. Der erste Entwurf, der für den Auftrag von dem römischrechtlichen Satz: „mandatum nisi gratuitum nullum est" abgewichen war[1]), nahm den

12) Motive, Band II, Seite 530.

1) § 586: „Der Auftraggeber kann sich verpflichten, für die Ausführung des Auftrags dem Beauftragten eine Vergütung zu gewähren."

Ausdruck „Geschäftsbesorgung", um einen Unterschied zwischen dem Dienstvertrag und dem Auftrag zu finden, da er das charakteristische Merkmal der Unentgeltlichkeit fallen ließ. Die Motive[2]) bemerken, es sei eine Frage der Wissenschaft, zu ergründen, was unter „Geschäftsbesorgung" zu verstehen sei, und sagen nur, daß „Geschäft" nicht gleichbedeutend mit „Rechtsgeschäft" sei, dieselbe Handlung könne sowohl Gegenstand des Auftrags wie des Dienstvertrages sein, denn auch bloße tatsächliche Leistungen seien unter „Geschäft" zu verstehen.

Im zweiten Entwurf[3]) wurde das Merkmal der Unentgeltlichkeit eingeführt, um einen deutlich nach außen in Erscheinung tretenden Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag einerseits und Auftrag andererseits zu haben. Trotzdem behielt man beim Auftrag das Wort „Geschäftsbesorgung" bei. In der zweiten Lesung des Entwurfs zum BGB wurde danach gefragt, was unter Geschäftsbesorgung zu verstehen sei, denn es könne über die Vorschrift gestritten werden, weil die Ausdrucksweise keine bezeichnenden Merkmale für die Auslegung biete[4]). Die Kommission war jedoch der Ansicht, daß auch eine andere Fassung im Rahmen einer Gesetzesbestimmung den Begriff der „Geschäftsbesorgung" nicht erschöpfend erfassen könnte. Keinesfalls sei in jeder Dienst- oder Werkleistung eine „Geschäftsbesorgung" zu finden, nur müsse in der Regel die Geschäftsbesorgung den Rechtsbereich des Geschäftsherrn berühren. Es solle die Wissenschaft über diese Frage entscheiden.

Nun finden sich in der Literatur im Zusammenhang mit der „Geschäftsbesorgung" in der Hauptsache zwei Streitfragen:

1. Was ist unter dem Begriff „Geschäftsbesorgung" zu verstehen und wie verhält er sich zur Dienst- und Werkleistung?
2. Hat der Begriff in allen Gesetzesbestimmungen dieselbe Bedeutung oder nicht?

Diese Fragen sind deshalb so lebhaft umstritten, weil das Gesetz keine Legaldefinition gegeben hat, die Praxis aber eine möglichst genaue Kennzeichnung verlangt, weil das Gesetz in einigen Paragraphen einschneidende Rechtsfolgen an das Tatbestandsmerkmal der „Geschäftsbesorgung" knüpft.

Es gibt wohl kein Lehrbuch, das sich nicht mit der „Geschäftsbesorgung" befaßt hat, aber man kann wohl sagen, daß ein jedes zu einem anderen Ergebnis gelangt ist. Jedoch lassen sich drei Hauptmeinungen feststellen.

2) Motive, Band II, Seite 526 ff.
3) Protokolle, Band II, Seite 377.
4) Protokolle, Band II, Seite 377.

I. Sehr weit gehalten ist die Definition Hachenburgs[5]), der unter „Geschäftsbesorgung" die Entfaltung jeder Tätigkeit überhaupt versteht und keinen Unterschied zwischen Dienstleistung und Geschäftsbesorgung machen will. Er sagt, daß es vergebens sei, einen brauchbaren Gegensatz zwischen Dienstleistung und Geschäftsbesorgung finden zu wollen. Nach ihm umfaßt der Auftrag jede unentgeltliche Leistung, und alle Mandatsätze, die nicht auf der Unentgeltlichkeit des Auftrags beruhen, seien auf alle Dienst- und Werkverträge anwendbar und umgekehrt.

Der Ansicht Hachenburgs folgen auch Düringer-Hachenburg[6]), die nur insofern eine Einschränkung machen, als sie die unter dauernde Dienstverhältnisse fallende Tätigkeit von der Geschäftsbesorgung ausschließen. Auch Matthiaß[7]) vertritt jetzt diese Meinung. Jedoch ist schon angesichts des Wortlauts des § 675 diese Ansicht abzulehnen. Der Relativsatz, „. . . . der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat", wäre völlig sinnlos, da hieraus klar und deutlich hervorgeht, daß der Gesetzgeber selbst einen Unterschied zwischen Dienstverträgen schlechthin und solchen macht, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben. Wenn Hachenburg meint[8]), daß ein Auftrag im Sinne vom BGB vorliege, wenn eine Dienst- oder Werkleistung unentgeltlich zugesagt ist, so stimmt das nur dann, wenn diese Dienst- oder Werkleistung auch gleichzeitig eine Geschäftsbesorgung ist. Das kann sehr wohl der Fall sein, ist es aber nicht immer. Man muß im Gegenteil von der Auffassung ausgehen, daß der Gesetzgeber drei Vertragsarten geschaffen hat: erstens den Auftrag im Sinne von §§ 662 ff., der eine entgeltliche Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat; dann den Dienst- oder Werkvertrag im Sinne der §§ 611, 631, deren Inhalt eine entgeltliche Arbeitsleistung ist, und drittens einen Auftragsvertrag im Sinne von § 675, der eine entgeltliche Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Außerdem würde es, wenn man § 675 auf alle Dienst- oder Werkleistungen anwenden würde, zu unhaltbaren Folgen führen; besonders im Hinblick auf die in § 675 verwiesenen Paragraphen. Wenn Hachenburg seine Meinung gerade mit diesen zitierten Paragraphen belegen will, so kommt er deshalb nicht zu dem richtigen Schluß, weil er durch seine Gegenüberstellungen nur darlegt, daß sowohl Rechtsgeschäfte als auch Leistungen rein tatsächlicher Art Gegenstand der Geschäftsbesorgung sein können. Nicht aber beweist er, was er zu beweisen hofft, nämlich, daß es

5) Hachenburg, Seite 14 ff.
6) Düringer-Hachenburg § 362.
7) Matthiaß, Band I § 25 VI A, Seite 349.
8) Hachenburg, Seite 11.

keinen Unterschied zwischen Geschäftsbesorgung und Dienst- und Werkleistung gibt.

II. Die der Hachenburg'schen gegenteilige Auffassung vertrat Staub in seinen früheren Auflagen, der den Begriff Geschäftsbesorgung nur im engsten Sinne gelten lassen wollte[9]). Es sollten nur Rechtsgeschäfte darunter fallen. Dieser Auffassung Staubs schloß sich Eck an[10]), der ausführt, daß es fraglich sei, ob nur Rechtsgeschäfte oder auch rein faktische Handlungen unter Geschäftsbesorgung fallen. Er entscheidet sich dafür, daß nur Rechtsgeschäfte darunter zu verstehen seien, da sonst beinahe jeder Dienstvertrag unter § 675 fallen würde. Daß die Auffassung nicht richtig sein konnte, läßt sich leicht beweisen. Wenn das Gesetz „Geschäft" mit „Rechtsgeschäft" identifizieren wollte, so hätte es statt „Geschäftsbesorgung" „Rechtsgeschäftsbesorgung" gesetzt. Daß aber ein Unterschied zwischen beiden Worten besteht, läßt sich z. B. leicht aus § 1357 Abs. 1 herleiten. Diese Vorschrift bestimmt, daß die Frau berechtigt ist, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes zu besorgen und ihn zu vertreten. Dann heißt es weiter, daß Rechtsgeschäfte als im Namen des Mannes vorgenommen gelten. Hier macht das Gesetz also einen klaren Unterschied zwischen „Rechtsgeschäft" und „Besorgung eines Geschäftes". In der neuesten Auflage schließt sich Staub der Meinung von Enneccerus an, der auch alle rechtlich bedeutsamen Handlungen, die selbständig vorgenommen sind und die an und für sich der Sorge des anderen selbst obliegen würden, unter den Begriff der Geschäftsbesorgung fallen läßt[11]). Allerdings schließt Staub für § 675 alle Dienste rein tatsächlicher Art aus, aber er gibt jetzt zu, daß sie Gegenstand eines Auftrags nach § 662 sein können.

III. Die dritte und auch hier vertretene Ansicht ist die, daß die Geschäftsbesorgung auf alle Fälle Rechtsgeschäfte umfaßt, aber auch Leistungen tatsächlicher Art. Diese müssen nur hinreichend zur Arbeitsleistung schlechthin abgegrenzt werden. Man muß von § 675 ausgehen, der als Vertragsart Dienst- und Werkverträge nennt, im Gegensatz zu §§ 662 ff., die den Auftragsvertrag behandeln. Es gibt nun solche Dienst- und Werkverträge, die eine Arbeitsdienstleistung bzw. Arbeitswerkleistung zum Gegenstand haben und andere, deren Inhalt die Geschäftsbesorgungsdienstleistung bzw. Geschäftsbesorgungswerkleistung ist[12]). Inhaltlich muß man den Begriff der Geschäftsbesorgung nicht in Gegensatz

9) Staub, 12. und 13. Auflage, 1926, zu § 362, Anm. 2.
10) Eck, Band I, Seite 513.
11) Staub 14. Auflage, 1933 III. Band, Seite 327 Anm. 2.
12) Henle, Band II, Seite 79, 83.

zum Dienst- und Werkvertrag setzen[13]), sondern zur Arbeitsleistung. Diese Ansicht läßt sich mit Hilfe von § 196 Abs. 1 Ziffer 1 und Ziffer 7 und HGB § 354 begründen. In § 196 Abs. 1 Ziff. 1 ist von Ausführung von Arbeiten „und" Besorgung fremder Geschäfte die Rede, in Ziffer 7 von denjenigen Personen, die die Besorgung fremder Geschäfte „oder" Leistung von Diensten betreiben. Ebenfalls heißt es in § 354 HGB: Wer in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgt „oder" Dienste leistet.

Dies ergibt deutlich eine Gegenüberstellung von Arbeit, bzw. Dienstleistung auf der einen Seite und Geschäftsbesorgung auf der anderen.

Einige Schriftsteller[14]) wollen danach unterscheiden, ob es sich um Dienste höherer oder niederer Art handelt. Damit lebt die römischrechtliche Arbeitsauffassung wieder auf, die zwischen operae liberales und illeberales unterschied. Als Geschäftsbesorgung sind danach nur die Dienst- und Werkverträge anzusehen, die operae liberales zum Gegenstand haben. Dernburg begründet seine Ansicht mit der Entwicklungsgeschichte des § 675. Als Beispiele führt Dernburg die Dienste des Arztes, Geistlichen, Künstlers und Rechtsanwalts an. Daß das Unterscheidungsmerkmal der höheren oder niederen Dienste nicht richtig sein kann, zeigt ein Beispiel Henles[15]), der als höhere Geschäftsbesorgungsdienstleistung die Verwaltung des Vermögens anführt, während eine niedere Geschäftsbesorgungsdienstleistung der Markteinkauf des Dienstboten ist.

Andere Schriftsteller[16]) wollen den Sprachgebrauch ausschlaggebend sein lassen. Dieser ist jedoch gänzlich ungeeignet, da der Sprachgebrauch hier kein feststehender ist.

Richtig ist es dagegen, das Moment der Selbständigkeit als Unterscheidung anzuführen. Dies hat aber nichts damit zu tun, ob der Beauftragte im eigenen oder im fremden Namen handelt, mit oder ohne Stellvertretung. Denn es ist streng zu scheiden zwischen Auftrag einerseits und Stellvertretung andererseits. Die Vollmachtserteilung ist ein einseitiges ankunftsbedürftiges Rechtsgeschäft, das zu nichts verpflichtet, sondern nur die Befugnis gibt, in fremdem Namen zu handeln. Sie ist ein Außenverhältnis, d. h. sie wirkt nur

13) Henle, Band II Seite 88.
14) Leonhard Seite 276; Dernburg, Band II § 293 IV; v. Minningerode, Seite 41.
15) Henle, Band II, Seite 80.
16) Lotmar, I. Band, Seite 279; Burchard-de Boor, Seite 151; Staudinger Band II § 675 Anm. 2; Jaeger § 22 Anm. 10 und 11.

nach außen hin Dritten gegenüber. Der Auftrag dagegen ist ein Vertrag, der zur Ausführung verpflichtet. Dieser hat Wirkung nur zwischen Auftraggeber und Beauftragten, also ist er ein reines Innenverhältnis ohne Wirkung nach außen hin.

Das Moment der Selbständigkeit wird besonders von Endemann[17]) vertreten, der als unselbständig z. B. den Lehrling, den Hauslehrer und den zum Teppichklopfen angestellten Dienstmann bezeichnet. Er versteht unter Geschäftsbesorgung „die Entfaltung einer selbständigen, in die zivilrechtlich anerkannten Verhältnisse eines anderen unmittelbar eingreifende Tätigkeit." Danach handelt selbständig, wer ohne Aufsicht des Geschäftsherrn handelt und ihn nicht nur lediglich unterstützt.

Aber die Selbständigkeit kann nicht das alleinige Unterscheidungsmerkmal sein, denn trotz Selbständigkeit liegt dann keine Geschäftsbesorgung vor, wenn nicht „für" den Geschäftsherrn gehandelt wird. „Für den anderen" wird in mehrfacher Weise ausgelegt. Man darf nicht „für den anderen" mit „an Stelle des anderen" gleichsetzen, denn man handelt auch für den anderen, wenn man ihm gegenüber eine Mitteilung abgibt[18]). Ein gewisses Interesse des Geschäftsherrn muß gegeben sein[19]), ganz gleich, ob auch für einen Dritten gehandelt wird[20]). Es kann auch ein eigenes Interesse des Beauftragten vorliegen, aber es darf nicht nur lediglich ein Interesse des Beauftragten sein. Auch kann eine Verknüpfung der Interessen vorliegen, so daß Verbindungen des Eigeninteresses mit dem Fremdinteresse möglich sind.

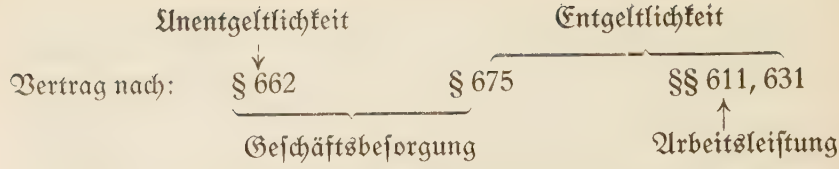
Nun wäre es aber falsch, das Moment der Fremdinteressenwahrung mit dem Begriff der Unentgeltlichkeit gleichzustellen[21]). Lenel gibt seine alte Ansicht[22]), daß der Geschäftsbesorger nur eine Tätigkeit in bestimmter Richtung verspreche, der Unternehmer eines Werkes dagegen das fertige Ergebnis dieser Tätigkeit auf und sagt, daß ein Vermögensinteresse berührt sein müsse, und zwar für den Auftraggeber[23]). Aber die Vereinbarung des Entgelts ändere den Charakter der Geschäftsbesorgung[24]). Nur wer unentgeltlich handele, besorge ein fremdes Geschäft, der Beauftragte selbst habe keinerlei Interesse an der Besorgung. Wenn man dagegen entgeltlich handle, dann besorge man ein eigenes Geschäft, ein eigener Vorteil

17) Endemann § 172, Seite 1081, Hedemann Seite 372.
18) Henle, Seite 88, II. Band.
19) RGR Komm. II. Band, Seite 352.
20) Burchard-de Boor, Seite 152.
21) Lenel, im Arch. f. ziv. Prax. 129. Band, Seite 11.
22) Lenel in Jher. Jahrb., Band 44, Seite 31 ff.
23) Lenel im Arch. f. ziv. Prax., 129 Band, Seite 2 und Seite 8.
24) Lenel im Arch. f. ziv. Pr., Seite 11.

sei vorhanden, deshalb liege dann keine Geschäftsbesorgung vor. Ähnlich ist Hecks Ansicht[25]), der sagt, daß derjenige, der entgeltlich ein Geschäft besorgt, sich um seines eigenen Vorteils wegen in den Dienst der fremden Interessen stellt. Infolgedessen besorge er ein eigenes Geschäft und kein fremdes, deshalb soll bei voll entlohnter Tätigkeit nicht der § 675 Anwendung finden, sondern nur die Vorschriften des Dienst- und Werkvertrages sollen zum Zuge kommen. Für § 675 kämen demnach nur solche Fälle in Betracht, bei denen die Tätigkeit nicht voll entgolten wird. Daß diese Anschauung nicht richtig sein kann, geht daraus hervor, daß es stets sehr schwer festzustellen sein wird, wann eine „vollständige" Entgeltung vorliegt und wann nicht. Gibt es überhaupt eine vollständige Entgeltung irgendeiner Arbeit, und nach welchen Gesichtspunkten wäre sie gegebenenfalls zu bemessen? Außerdem ist zu beachten, daß der tätig Werdende auch bei vollständiger Bezahlung nicht nur sein eigenes Geschäft besorgt, sondern auch dasjenige des anderen. Aber noch aus einem anderen Grunde ist das Moment der Entgeltlichkeit als Abgrenzungsmerkmal der Geschäftsbesorgung von der Arbeitsleistung schlechthin ungeeignet, denn es gibt sowohl Geschäftsbesorgung, die entgeltlich ist, als auch solche, die unentgeltlich ist. Ebenfalls kann die Arbeitsleistung sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich sein. In den Verträgen der §§ 611, 631 ist die Arbeitsleistung stets entgeltlich; die Geschäftsbesorgung ist entgeltlich im Fall des § 675, unentgeltlich dagegen in den Verträgen des § 662. Die Geschäftsbesorgung ist kein selbständiger Vertrag, sondern sie kann nur Vertragsinhalt sein. Man darf den Inhalt des Vertrages nicht mit dem Vertragstyp als solchem identifizieren. Man muß einerseits unterscheiden nach dem Gegenstand des Vertrages hin: bei § 662 und § 675 ist Gegenstand die Geschäftsbesorgung, bei den §§ 611, 631 die Arbeitsleistung als solche. Mit dem Begriff der Entgeltlichkeit hat diese Einteilung aber nichts zu tun, sondern von Bedeutung wird das Moment der Entgeltlichkeit nur bei der Frage, welcher Vertragstyp vorliegt, ob es entweder ein Auftrag, oder ein Dienst- oder Werkvertrag oder ein Vertrag nach § 675 ist. Dienst- und Werkverträge sind stets entgeltlich. Wird Arbeitsleistung unentgeltlich gewährt, so liegt Arbeitsschenkung vor[26]). Der Auftrag dagegen ist stets unentgeltlich. Folgende Skizze soll veranschaulichen, in welchem Verhältnis Geschäftsbesorgung und Entgeltlichkeit zueinander stehen:

---

25) Heck, Seite 352, 353.
26) Henle, Band II, Seite 91, 92.



Da es also sowohl entgeltliche als auch unentgeltliche Geschäftsbesorgung gibt, kann das Entgeltlichkeitsmoment zur Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung nicht in Frage kommen. Deshalb ist es besser, die Tätigkeit danach abzugrenzen, ob sie für beide Teile objektiv schätzbar ist oder nicht. Unter Arbeit ist mit Henle[27]) eine solche Tätigkeit zu verstehen, die eine objektive Wertentäußerung darstellt. Bei jeder Leistung tritt auf Seiten des Leistenden eine Wertminderung ein. Auf Seiten des Leistungsempfängers tritt eine Wertsteigerung ein. Beides zusammen ist die Wertentäußerung. Entspricht nun objektiv die Wertminderung auf der einen Seite der Wertsteigerung auf der anderen Seite, so haben wir es mit einer Arbeitsleistung zu tun, ist sie dagegen auf beiden Seiten objektiv nicht abschätzbar, so liegt eine Geschäftsbesorgung vor.

Heck[28]) faßt außerdem die Geschäftsbesorgung als Fürsorgetätigkeit auf. Diese Ansicht wird auch von Leonhard[29]) vertreten, der von „einer Fürsorge für einen fremden Interessenkreis" redet. Unter Fürsorgehandlung versteht Leonhard eine solche Handlung, die den Geschäftsherrn schützt und fördert. Das seien alle diejenigen Handlungen, die zum Schutze, zur Erhaltung oder zur Vermehrung der Rechtsgüter des Geschäftsherrn dienen. Auch Planck[30]) hat diesen Gesichtspunkt der Fürsorge schon erwähnt, ohne ihn jedoch ausschlaggebend sein zu lassen. Der Ansicht Plancks ist zuzustimmen. Denn wollte man die Fürsorgehandlung als Abgrenzungsmerkmal ausschlaggebend sein lassen, so würde man ein rein subjektives Moment hineinbringen. Es wären dann alle Handlungen, die für den Geschäftsherrn nachteilige Folgen zeitigten, die ihn schädigten und seine Rechtsgüter verminderten, keine Geschäftsbesorgung. Es ist aber möglich, daß jemand eine Handlung als schädigend für sich ansieht, während sie objektiv nach allgemeiner Anschauung einen Vorteil für ihn bringt, z. B. die Gesundheit und das Leben. Ein Selbstmörder sieht von sich aus bestimmt das Retten bei einem Selbstmordversuch als etwas für ihn Schädigendes an,

27) Henle, Band II, Seite 93.
28) Heck, § 118.
29) Leonhard, Bes. Schuldrecht, Seite 246 ff.
30) Planck, II. Band, 2. Hälfte, § 675 Anm. 2.

während nach allgemeinen Grundsätzen die Erhaltung eines Lebens edelste Fürsorgehandlung ist. Dieses eine Beispiel möge genügen, um zu beweisen, daß der Begriff der Fürsorgehandlung als Abgrenzungsmerkmal ungeeignet ist.

Verschiedentlich ist der Versuch gemacht worden, allgemeine Regeln für alle Arten von Geschäftsbesorgung, von denen im BGB die Rede ist, aufzustellen; so von der Geschäftsführung des Beauftragten, des Vaters, Ehemanns, Geschäftsführers ohne Auftrag, Vormunds und Testamentsvollstreckers[31]). Mit Recht ist von der herrschenden Lehre diese Loslösung der Geschäftsbesorgung von dem ihr zugrunde liegenden Kausalverhältnis abgelehnt worden[32]), da sie kaum durchführbar ist. Planck bemerkt zu Recht, daß die Rechte und Pflichten des Geschäftsbesorgers sich aus dem Rechtsverhältnis ergeben, das die Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat und daß nur bei der Geschäftsführung ohne Auftrag die bloße Tatsache der Geschäftsbesorgung der Verpflichtungsgrund ist. Während Isay versucht hat, einen starren Gestionstatbestand mit einer Anzahl konstanter, einförmiger Rechtsfolgen aufzustellen, bildet Isele[33]) besondere Geschäftsbesorgungstypen und versucht, an Hand der Tatbestandsverschiedenheiten dieser Typen und der Abwandlungen in den Rechtsfolgen allgemeine Regeln für die Geschäftsbesorgung herzuleiten. Isele[34]) ist der Ansicht, daß schlechthin jede Art von Tätigkeit fähig ist, spezifische Geschäftsbesorgungsrechtsfolgen nach sich zu ziehen. Etwaige Ausnahmen ergäben sich nicht „aus ihrer substantiellen Beschaffenheit, sondern nur aus dem Verflechtungszusammenhang mit der Umwelt." Er findet diese weite Auslegung dann ungefährlich, wenn man die Rechtsfolgen der Geschäftsbesorgungshandlungen differenziert. Nach Isele[35]) soll mit der Durchprüfung der Rechtsfolgenelemente begonnen werden, nicht dagegen mit der Analyse des Tatbestandes. Je nachdem ob die Rechtsfolgeelemente, die nicht konstant sind, sondern je nach dem vorliegenden Geschäftsbesorgungstyp verschieden sind, für den betreffenden Sachverhalt geeignet sind oder nicht, soll im Einzelfalle entschieden werden, ob eine Geschäftsbesorgung vorliegt.

Isele muß notgedrungen als Konsequenz seiner Typenlehre jede Ansicht ablehnen[36]), die eine oder mehrere bestimmte Abgrenzungsmerkmale aufstellt. Er tut dies, ohne im einzelnen seine

31) Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB; Isele, Geschäftsbesorgung.
32) Planck II,2, Seite 1174 Vorbem. II,1; Enneccerus § 380, Anm. 8; Kohler, Seite 116 ff.
33) Isele, Seite 2, 5, 6.
34) Seite 95.
35) Seite 97.
36) Seite 94.

ablehnende Stellungnahme zu begründen. Werfen wir nun aber einen Blick auf die in Iseles Buch beigefügte Tafel, so sehen wir, daß es fast unmöglich sein wird, die verschiedenen Geschäftsbesorgungstypen, die Isele aufstellt und die alle verschiedene Rechtsfolgen haben, in der Praxis anzuwenden.

Zusammenfassend ist über die Geschäftsbesorgung im Gegensatz zur Arbeitsleistung zu sagen, daß unter den Begriff der Geschäftsbesorgung nicht nur alle Rechtsgeschäfte fallen, sondern auch die Leistungen rein tatsächlicher Art, die nicht objektiv schätzbar sind. Daneben ist entscheidend, daß der Beauftragte selbständig handelt, ganz gleich, ob im eigenen oder fremden Namen, ganz gleich, ob es sich um Dienste höherer oder niederer Art handelt. Aber stets muß ein Interesse des Auftraggebers damit verbunden sein.

Die zweite Streitfrage ist die, ob der Begriff „Geschäftsbesorgung" in allen Gesetzesbestimmungen dieselbe Bedeutung hat oder nicht. Mit den verschiedensten Argumenten wird zu beweisen versucht, daß das Wort Geschäftsbesorgung in den §§ 662, 663 eine andere Bedeutung habe als im § 675. Für diese Annahme liegt aber kein ersichtlicher Grund vor[37]). Es ist kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber ein und demselben Wort unter dem gleichen Titel verschiedene Bedeutung beilegen wollte. Daß der Begriff Geschäftsbesorgung in § 677, der unter dem Titel „Geschäftsführung ohne Auftrag" steht, weiter ausgedehnt werden muß, ist allgemein anerkannt. Hier ist nicht näher darauf einzugehen, da es zu weit vom Thema abführen würde.

§ 3. Die antwortpflichtigen Personen.

I. Nicht jedermann, dem ein Auftrag zugeht, ist verpflichtet, seine Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen, sondern der § 663 BGB stellt drei Gruppen von Personen auf, denen die Anzeigepflicht obliegt.

1. Zunächst sind es die Personen, die zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt sind. Die Worte „öffentlich bestellt" standen im Entwurf der ersten Lesung in § 587, in zweiter Lesung (§ 594) wurden sie gestrichen mit der Begründung, daß zur unentgeltlichen Besorgung von Geschäften nur Beamte öffentlich bestellt sind. Diese aber übernehmen die Aufträge nur kraft ihrer Amtspflicht. Der Bundesrat hat jedoch die Fassung erster Lesung wiederhergestellt.

37) Henle, Band II, Seite 123. RGR Komm. Vorbem. 2 vor § 662. Lenel im Arch. f. ziv. Prax. 129. Band, Seite 8; Ritter zu § 362, Seite 492.

In den Protokollen[1]) der zweiten Kommission sind als Beispiele die Fälle angegeben, in denen ein Rechtsanwalt oder ein Gerichtsvollzieher zur unentgeltlichen Besorgung von Aufträgen öffentlich bestellt ist.

Beamte gehören wohl nicht hierher, da diese kraft ihres Amtes zur Besorgung von Geschäften verpflichtet sind. Geht einem Beamten ein solcher Antrag zu, so entscheidet sich seine Antwortpflicht nicht nach bürgerlichem, sondern nach öffentlichem Recht. Ein privatrechtliches Auftragsverhältnis besteht dann überhaupt nicht[2]).

Man streitet nun darüber, ob unter der öffentlichen Bestellung nur eine vom Staate oder von einem staatlichen Verband vollzogene Bestellung zu verstehen sei oder auch eine private.

Der Begriff ist derselbe wie in ZPO § 407. Nur wird dort eine öffentliche Ausübung zum Erwerb verlangt. Seuffert-Walsmann[3]) sind der Ansicht, daß unter öffentlicher Bestellung eine solche zu verstehen ist, die vom Staat oder von einem staatlichen Verband erfolgt ist, z. B. Gerichtsärzte, Gerichtstierärzte. Baumbach[4]) versteht unter öffentlicher Bestellung die durch eine mit öffentlicher Gewalt ausgestattete Person oder Behörde erfolgte. Planck[5]) sagt, daß bei einer öffentlichen Bestellung zunächst an eine amtliche durch eine öffentliche Behörde zu denken sei. Der Ausdruck sei aber weiter aufzufassen als in der ZPO. Er sei dahin zu verstehen, daß der öffentlich Bestellte eine amtliche Tätigkeit auf Ansuchen zu entfalten hat und nicht in ein privatrechtliches Verhältnis zu dem Auftraggeber treten soll, wie z. B. Armenärzte oder öffntlich angestellte Pflegerinnen und Krankenschwestern. Planck schließt sich der Ansicht Oertmanns[6]) insofern an, als er auch die Bestellung durch einen Verein oder eine Privatperson als öffentliche ansieht, z. B. die Bestellung eines Geschäftsführers eines Fremdenvereins. Ferner fällt hierher die Auskunftsperson eines Festspielausschusses. Richtig ist es, mit Leonhard zu sagen[7]), daß das Wort „öffentlich" in demselben Satz dieselbe Bedeutung hat, daß also öffentliche Bestellung ebenso wie öffentliches Erbieten nur heißen soll, daß eine allgemeine Kenntlichmachung erfolgt ist, nicht dagegen eine öffentlichrechtliche Übertragung erforderlich ist. Notwendig ist nur, daß die geforderte Publizität gewahrt wird.

1) Protokolle, Band II Seite 353.
2) Matthiaß, Seite 345.
3) Seuffert-Walsmann, I. Band zu § 407, Anm. 2.
4) Baumbach zu § 407 Anm. 2.
5) Planck II,2 zu § 663 Anm. 2, Seite 1182.
6) Oertmann § 663 Ziff. 2.
7) Leonhard, Bes. Schuldrecht, Seite 249.

2. Die zweite Gruppe umfaßt die Personen, die sich öffentlich erboten haben, Geschäfte eines anderen unentgeltlich zu besorgen. Dieses Erbieten ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung[8]). Durch das „Sicherbieten" soll in dem Erklärungsempfänger lediglich die Vorstellung hervorgerufen werden, daß der Erklärende gewillt sei, auf gewisse Geschäfte gerichtete Aufträge anzunehmen. Nicht dagegen stellt dieses öffentliche Erbieten eine bindende Offerte dar, sondern es entbehrt jeder rechtsgeschäftlichen Wirkung. Es ist dies, wie es allgemein beim öffentlichen Erbieten der Fall ist, erst eine Einladung zum Vertragsangebot. Denn der sich Erbietende kann jederzeit ohne Begründung einen ihm zugehenden Auftrag, der auf die Besorgung eines solchen Geschäftes gerichtet ist, ablehnen. Die einzige Rechtsfolge, die das Gesetz an das „Sicherbieten" knüpft, ist die Pflicht, dem Auftraggeber im Falle des Nichtannehmenwollens die Ablehnung unverzüglich anzuzeigen.

Als öffentliches Erbieten ist ein solches anzusehen, das an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet ist, z. B. durch Aushängen eines Firmenschildes, eines Plakates an das Haus, durch Anzeigen in der Zeitung, durch Rundschreiben oder durch Ansagen im Rundfunk. Als Beispiel diene der Fall, daß ein Bankier sich öffentlich erbietet, Zinsscheine unentgeltlich einzulösen oder verloste Wertpapiere umzutauschen[9]), oder daß er sich zur unentgeltlichen Vertretung von Aktionären auf der Generalversammlung erbietet. Ebenfalls fällt unter diese Gruppe derjenige, der sich öffentlich erbietet, ein ärztliches Heilmittel unentgeltlich zu besorgen[10]).

3. Die letzte Gruppe der Anzeigepflichtigen nach § 663 umfaßt diejenigen Personen, die sich dem Auftraggeber gegenüber zur unentgeltlichen Besorgung gewisser Geschäfte erboten haben. Dieser Fall des „Sicherbietens einer bestimmten Person gegenüber" wurde von der zweiten Kommission eingefügt. Für das Sicherbieten gilt hier dasselbe wie unter 2) Gesagte, also eine Aufforderung zur Abgabe einer Offerte. Ein allgemeines Erbieten genügt hier nicht, sondern der Beauftragte muß sich dem Auftraggeber unmittelbar gegenüber erboten haben, z. B. durch Zusendung eines Briefes. Als Beispiel wäre anzuführen, daß sich ein Bankhaus einem ganz bestimmten Kunden gegenüber erboten hat, gewisse Bank- und Börsengeschäfte für ihn unentgeltlich auszuführen.

II. Während die Fälle des § 663 wegen der Unentgeltlichkeit des Auftrags in der Praxis weniger vorkommen, ist diese Vorschrift von Bedeutung wegen der entsprechenden Anwendung für die

8) RGR. Komm. II. Band, zu § 663 Ziff. 4.
9) Staudinger, II. Band zu § 663, 1b, Seite 1087.
10) Eck, Seite 533.

Dienst- und Werkverträge nach § 675 BGB, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben. Diese Verträge sind entgeltlicher Natur. Hier finden wir ebenfalls die drei Gruppen der antwortpflichtigen Personen:

1. Öffentlich bestellt sind Rechtsanwälte, Notare, Auktionatoren. Nach früherer Ansicht fiel auch der Gerichtsvollzieher unter die öffentlich bestellten Personen. Heute wird die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers dagegen nicht mehr als eine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 angesehen, sondern als eine amtliche Tätigkeit, die dem Privatrecht nicht untersteht[11]). Übt der Schiedsrichter seine Tätigkeit entgeltlich aus, so fällt auch er unter diese Gruppe[12]). Für Rechtsanwälte gilt der § 30 der Rechtsanwaltsordnung von 1878 als lex specialis, der noch später zu behandeln ist (siehe § 9).

2. Öffentlich erboten haben sich Volksanwälte, Patentanwälte, Detektive, Heirats- und Stellenvermittler, Spediteure, Kommissionäre, Bankiers[13]). Ob auch die Ärzte unter diese Gruppe zu rechnen sind, ist bestritten. Ein öffentliches Erbieten liegt jedenfalls vor. Fraglich ist es aber, ob die Tätigkeit des Arztes als Geschäftsbesorgung anzusehen ist oder nicht. Selbst wenn man die Tätigkeit des Arztes als Gegenstand eines Dienstvertrages nach § 611 BGB ansehen wollte, so ist mit Planck[14]) doch zu sagen, daß auch der Arzt, wenn auch in analoger Anwendung, der Antwortpflicht unterliegen muß. Gerade bei ihm ist es von größter Bedeutung, unverzüglich zu erfahren, ob er ein ihm zugehendes Angebot ablehnen will oder nicht. Dasselbe gilt auch für den Zahnarzt. Auch der Dienstmann fällt dann unter § 675, wenn seine Tätigkeit Geschäftsbesorgung ist, nicht aber, wenn es sich um ein Angebot auf Abschluß eines Dienst- oder Werkvertrages nach §§ 611, 631 handelt, was auch der Fall sein kann. Bei ihm ist also von Fall zu Fall verschieden zu entscheiden. Auch Schreibstuben, die sich zum Schreiben von Vervielfältigungsarbeiten usw. öffentlich erboten haben, fallen unter diese Gruppe.

Auch gehören hierhin alle die Fälle, in denen ein Kaufmann sich öffentlich erboten hat, Geschäfte zu besorgen, da diese von § 362 HGB nicht mitumfaßt werden[15]). Bei nicht rechtzeitiger Ablehnung des Antrags kann sich der Auftraggeber darauf berufen, daß er bei unverzüglicher Ablehnung Gelegenheit gehabt hätte, einen ebenso günstigen Vertrag mit einem anderen Kaufmann abzuschließen.

11) RG Band 82, Seite 85.
12) RG Band 94, Seite 210.
13) RG 104, Seite 267.
14) Planck, Komm. II,2 zu § 663 1,2, Seite 1183.
15) Brodmann, Seite 37.

3. Unter diese Gruppe fallen alle diejenigen Personen, die sich dem Auftraggeber gegenüber erboten haben, gewisse Geschäfte entgeltlich zu besorgen. Eine einzelne Aufzählung ist hier nicht möglich. Nicht hierher gehören die Fälle, in denen sich ein Kaufmann einer anderen Person gegenüber erboten hat, da diese von der Vorschrift des § 362 HGB mitumfaßt werden.

§ 4. Das Zugehen eines Antrags.

Eine andere Voraussetzung für die Pflicht, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen, ist die, daß der Auftrag dem Beauftragten zugegangen ist. In § 362 HGB heißt es ausdrücklich: „Geht einem Kaufmann . . . . ein Antrag zu"; in § 663 BGB dagegen ist das Erfordernis des Zugehens des Antrags nicht ausdrücklich ausgesprochen, sondern aus den Worten: „Wenn er einen Auftrag nicht unverzüglich annimmt", zu schließen. Denn von einer Verzögerung der Annahme kann nur dann die Rede sein, wenn der Auftrag tatsächlich dem Beauftragten zugegangen ist[1]).

Der Auftragsantrag im Sinne von § 663 ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung[2]), also eine solche, die dem Erklärungsgegner gegenüber erfolgen muß, um wirksam zu sein.

Man unterscheidet zwischen Willenserklärung unter Anwesenden und unter Abwesenden. Für den Fall des § 663 ist nur die Willenserklärung unter Abwesenden von Bedeutung (siehe unten bei § 7). Unter Abwesenden ist eine Erklärung erst dann abgegeben, wenn sie abgesandt ist, nicht schon dann, wenn sie niedergeschrieben ist[3]). Für die Frage der Vollendung der Willenserklärung ist zu unterscheiden, ob es sich um eine empfangsbedürftige oder um eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung handelt. Bei der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung fallen der Zeitpunkt der Abgabe und der der Vollendung zusammen, bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung dagegen tritt die Vollendung nicht schon in dem Zeitpunkt der Absendung ein, sondern erst dann, wenn sie zugegangen ist. Dies bestimmt § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB, der lautet:

„Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht."

1) Friedlaender zu § 30.
2) Henle, Band I, Seite 53 ff.
3) Henle, Band I, Seite 54.

Diese Gesetzesbestimmung sollte den in der gemeinrechtlichen Lehre herrschenden Streit über das Wirksamwerden der Willenserklärung beseitigen, indem sie den Zeitpunkt der Vollendung festlegte.

In der gemeinrechtlichen Wissenschaft gab es vier Theorien: die Äußerungs-, Absendungs-, Empfangs- und Vernehmungstheorie[4]).

Die Äußerungstheorie oder Deklarationstheorie läßt die Willenserklärung bereits mit der Äußerung wirksam werden.

Nach der Entäußerungs- oder Übermittlungstheorie ist die Absendung erforderlich.

Die Empfangstheorie fordert zum Wirksamwerden, daß die Willenserklärung dem anderen „zugeht".

Die Vernehmungstheorie verlangt sogar, daß die Willenserklärung dem Gegner tatsächlich zum Bewußtsein gekommen sei.

Abzulehnen sind die extremen Ansichten, da diese nur die Interessen einer Partei vertreten. Die Äußerungs- und die Entäußerungstheorie sind abzulehnen, weil die Äußerung oder Entäußerung dem Empfänger nicht einmal die Möglichkeit geben, von ihr Kenntnis zu nehmen. Es fehlt in diesem Fall die Schlüssigkeit, das Heraustreten des Gedankens, das auch zum Wesen der Erklärung gehört[5]). Diese Schlüssigkeit soll und kann sich aber erst beim Gegner entfalten. Auf der anderen Seite ist die Vernehmungstheorie abzulehnen, weil es hier im Belieben des Erklärungsgegners steht, die Kenntnisnahme zu verweigern und dadurch die ihm zugegangene Willenserklärung zu vereiteln. Ebenfalls ist zu beachten, daß bei dieser Theorie die Willenserklärung nur dann wirksam würde, wenn der Empfänger sie nicht mißverstanden und sie richtig gedeutet hat[6]).

So ist es verständlich, daß die Empfangstheorie, die den Interessen beider Parteien gerecht zu werden versucht, schon im gemeinen Recht mehr und mehr herrschend wurde. Sie entspricht den Bedürfnissen des täglichen Lebens und des Verkehrs am meisten. Sie schafft eine Sachlage, die der Wahrnehmung naheliegt, ohne jedoch die Wahrnehmung geradezu zu verlangen[6]). So hat auch das BGB in § 130 sich zur Empfangs- oder besser Zugangstheorie entschlossen, indem es für den Zeitpunkt der Vollendung der empfangsbedürftigen Willenserklärung den Zugang bestimmte. Trotz des Bekennens zur Empfangstheorie ist aber der Streit nicht beseitigt. Denn „genau" ist der Zeitpunkt der Vollendung durch den Begriff des Zugehens nicht festgelegt, da damit nur gesagt ist, daß weder die Absendung

4) Siehe dazu Windscheid-Kipp, Pandekten II, Seite 244 ff. § 306; Henle, Band I, Seite 57; Staudinger, Band I zu § 130 Anm. 2.
5) Henle, Band I, Seite 58 und Seite 64 ff.
6) Henle, Band I, Seite 58.

auf Seiten des Erklärenden genügt, noch die Vernehmung auf Seiten des Empfängers erforderlich ist. Und doch ist es notwendig, das Wirksamwerden möglichst genau festzustellen, da in unserem § 663 von dem Zeitpunkt des Zugehens die Frist läuft, während der die Ablehnung des Antrags anzuzeigen ist. Der genaue Zeitpunkt des Zugangs ist besonders wichtig in dem Fall, daß der Antrag abhanden gekommen ist, denn die Verpflichtung, Schadensersatz zu leisten, ist davon abhängig, ob der Verlust des Auftragsangebotes vor oder nach dem Zugang erfolgt ist.

Zur näheren Bestimmung des Zeitpunkts des Zugangs hat man nun die verschiedensten Abgrenzungen aufgestellt. Oertmann[7]), Breit und Lehmann, v. Tuhr und Staudinger wollen einen Unterschied zwischen „verkörperten" und „nicht verkörperten" Willenserklärungen machen. Diese Unterscheidung empfiehlt sich aber nicht. § 130 macht keinen Unterschied. Titze[8]) und Breit[9]) stellen außerdem für das Zugehen unter Abwesenden als Mindestforderung den tatsächlichen Besitzerwerb auf: „Die Willenserklärung geht dann zu, wenn das Schriftstück dergestalt in den „Besitz" des Adressaten gelangt ist, daß dieser unter normalen Umständen ohne weiteres von ihrem Inhalte Kenntnis nehmen kann." Hiergegen hat Manigk[10]) schon Stellung genommen, ebenfalls Leonhard[11]), der ausführt, daß keine klare Auskunft für die Fälle gegeben ist, wo sich zwischen dem Besitz des Empfängers und dem Besitz des vom Absender bestellten Boten noch der Besitz von anderen Personen einschiebt, z. B. von Vertretern des Empfängers. Titze verkennt, daß die Willenserklärung auch unter Abwesenden nicht mit ihrer Verkörperung identisch ist; danach könnte eine Willenserklärung, die durch Radio auf den Weg gebracht wird, niemals zugehen. Diese Ansicht, die auf jeden Fall Besitzerwerb fordert, ist also abzulehnen. Gedacht hat Titze wohl an den Fall, daß ein Brief in den Briefkasten geworfen ist. Der Gegner hat Besitz daran erhalten. Aber statt den Besitz ausschlaggebend sein zu lassen, ist es richtig, in diesem Fall von einem „abgeleiteten" Zugang zu sprechen[12]), im Gegensatz zum „ursprünglichen" Zugang.

---

7) Henle, Band I, Seite 59 Anm. 5. siehe dazu Enneccerus Band I zu § 149 II A, Anm. 2.
8) Titze, Seite 219, 193.
9) Breit, im Sächs. Arch., Band 15, Seite 642 ff., insbes. Seite 653.
10) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, Seite 309 ff.
11) Leonhard, Wahlschuld, Seite 437.
12) Henle, Band I, Seite 63, Treu und Glauben, Seite 34 ff.

III.

§. 5. Der Inhalt der Anzeigepflicht.

Im allgemeinen erlischt ein unbeantwortet gebliebener Antrag, Schweigen gilt nicht als Annahme. Auch im Fall des § 663 BGB gilt Schweigen nicht als Annahme des Auftrages wie in § 362 HGB. Grundsätzlich besteht auch keine Verpflichtung, auf einen Antrag zu antworten. Eine Ausnahme hiervon bildet die Bestimmung des § 663, die den Beauftragten verpflichtet, die Ablehnung unverzüglich anzuzeigen. Diese vom Gesetz aufgestellte unverzügliche Anzeigepflicht ist ein Erfordernis des Verkehrs, da der Antragsteller für sein weiteres Handeln die Gewißheit haben muß, ob der Vertrag zustande gekommen ist oder nicht.

Über die rechtliche Natur der Ablehnungsanzeige finden sich die verschiedensten Meinungen. Einesteils streitet man, ob sie eine Vorstellungs-, oder eine Willensmitteilung sei[1]), andernteils dreht es sich um die Empfangsbedürftigkeit[2]). Man hat sie bejaht. Aber diese Ansicht dürfte zu weit gehen, da dann der Antragsempfänger die Gefahr trägt, daß die Anzeige auch dem Antragsteller tatsächlich zugeht. Es muß schon ein Unterschied zwischen Ablehnung selbst und Anzeige der Ablehnung gesetzt werden. Die Ablehnung ist eine rechtsgeschäftliche Erklärung unselbständiger Art[3]). Wie v. Tuhr richtig bemerkt[4]), ist in der Anzeige, weil der Anzeigende nicht nur mitteilt, daß er den Antrag nicht angenommen hat, sondern auch die Ablehnung erklärt, eine Willenserklärung zu sehen. Genügen muß aber die mit gehöriger Sorgfalt vorgenommene Absendung der Anzeige[5]), denn die Anzeige kann schwerlich als empfangsbedürftig im Sinne von § 130 BGB angesehen werden[6]). Die Haftung des Beauftragten kann nicht von einem zufälligen Weiterlauf abhängen. Da die Erklärung lediglich im Interesse des Erklärungsempfängers abgegeben ist[7]), muß der Auftraggeber das Risiko der Ankunft tragen[8]). Die Übermittlung der Anzeige geht also auf Gefahr des Antragenden. Derselben Ansicht ist auch das Reichsgericht, das entscheidet, daß der Auftrag des Antragstellers abgelehnt sei, selbst wenn das Antwortschreiben nur abgesandt, nicht auch angekommen ist[9]).

1) Manigk, Seite 703, Klein, Seite 47, Bab, Seite 27.
2) Ritter, zu § 362, Seite 492.
3) Henle, I. Band, Seite 98.
4) v. Tuhr, II. Band, 1. Abt., Seite 116, Anm. 86.
5) Staub, zu § 362 Anm. 21.
6) Oertmann, II. Buch, zu § 663, 1c, Seite 1044.
7) Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung, Seite 433.
8) Düringer-Hachenburg, IV. Band, zu § 362, Anm. 8.
9) Bankarchiv, Band 25, Seite 27.

IV.

§ 6. Die Rechtsfolgen der Verletzung der Anzeigepflicht.

I. Im Falle des § 663 BGB ist, im Gegensatz zu § 362 HGB und § 30 der Rechtsanwaltsordnung, nicht gesagt, welche Rechtsfolgen eine Verletzung der Anzeigepflicht nach sich zieht. Während im Falle des § 362 HGB nach dem Satz: "Qui tacet, consentire videtur" das Schweigen als Annahme des Vertrages gilt, kann, da es an einer Regelung im § 663 BGB mangelt, nach dem allgemeinen Grundsatz das Schweigen nicht als Annahme gewertet werden. Durch das Schweigen oder durch die Verzögerung in der Absendung der Ablehnungsanzeige ist also kein Auftragsvertrag zustande gekommen. Infolgedessen ist dem Beauftragten auch nicht die Verpflichtung zur Besorgung des Geschäftes erwachsen. Der Auftraggeber kann keine Erfüllung verlangen.

II. Praktisch hätte die Anzeigepflicht in § 663 aber keine Bedeutung, wenn deren Verletzung keinerlei Rechtsfolgen nach sich ziehen würde. Das kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein. Nach dem allgemeinen Grundsatz, daß eine endgültige Verletzung einer Verpflichtung einen Schadensersatzanspruch nach sich zieht und in Anlehnung an die ausdrückliche Bestimmung in § 30 Rechtsanwaltsordnung, wonach der durch die Verzögerung entstandene Schaden zu ersetzen ist, muß auch in § 663 als Rechtsfolge der Verletzung der Antwortpflicht ein Schadensersatzanspruch gegeben sein.

Schadensersatz braucht stets nur dann geleistet zu werden, wenn tatsächlich ein Schaden entstanden ist.

1. In der Literatur streitet man nun darüber, worauf die Schadensersatzpflicht zu begründen ist.

Wichtig ist diese Frage für die Verjährung einerseits und für eine etwaige Exkulpationsmöglichkeit bei Verschulden von Vertretern und Gehilfen andererseits. Matthiaß[1]) ist der Ansicht, daß die Pflicht auf § 823 Abs. 2 BGB basiert. Diese Meinung ist aber abzulehnen. Ein deliktischer Tatbestand liegt nicht vor. § 663 ist nicht als ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB aufzufassen. Außerdem ergibt sich dies schon allein aus der systematischen Stellung des § 663. § 852 BGB kommt also nicht für die Verjährung in Frage, ebenfalls kommt der § 831 BGB nicht zum Zuge. Staudinger ist der Ansicht[2]), daß ein Schuldverhältnis nicht vorliege, sondern daß eine Art obligatio ex lege gegeben sei. Auch

1) Matthiaß, Seite 346.
2) Staudinger, II. Band zu § 663, Anm. 3.

diese Ansicht ist als in sich widerspruchsvoll abzulehnen. Wir haben es im Falle des § 663 mit einem Anzeigeschuldverhältnis zu tun, das als ein nicht rechtsgeschäftliches zu bezeichnen ist. Der Ausdruck „gesetzliches" Schuldverhältnis ist ungenau und besser zu meiden[3]). Es liegt hier ein festes Schuldverhältnis vor, kraft dessen der Beauftragte verpflichtet ist, die Ablehnung unverzüglich anzuzeigen. Versäumt er diese Ablehnung schuldhaft, so liegt eine endgültige Nichterfüllung vor, die auch Versäumung genannt wird, im Gegensatz zu der einstweiligen Nichterfüllung, der Säumnis[4]). Die Nichterfüllung dieser Anzeigepflicht muß als eine endgültige bezeichnet werden. Eine Mahnung hier zu verlangen, wäre unsinnig. Ausschlaggebend ist hier, ob der Beauftragte für die Versäumung verantwortlich ist oder nicht. Das geht unzweifelhaft aus dem Wort „unverzüglich" hervor, dem durch die Legaldefinition "ohne schuldhaftes Zögern" das Verschuldungsmoment innewohnt. Wir haben es also im § 663 mit einem Fall der culpa in contrahendo zu tun[5]). Diese Lehre des Verschuldens beim Vertragsschluß[6]) ist erst im Laufe der letzten Jahre entwickelt worden und besonders vom Reichsgericht ausgebaut[7]). Diese Verpflichtung ist eine vorvertragliche, d. h. es ist gleichgültig, ob ein Vertragsschluß erfolgt oder nicht. Der Grund ist der, daß schon vor Abschluß des Vertrages die Interessen des Gegners wahrgenommen werden sollen. Nach ständiger Rechtsprechung unterliegt im Fall der culpa in contrahendo die Verjährung den Vorschriften des § 195 BGB, für die Haftung der Gehilfen gilt der § 278 BGB.

2. Wenn es auch im allgemeinen noch bestritten ist[8]), ob im Falle der culpa in contrahendo nur das negative oder auch das positive Erfüllungs-Interesse zu ersetzen ist, so wäre es doch für den Fall des § 663, da dort niemals eine Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrages besteht, dort auch niemals ein Vertrag zustande kommt, unbillig, dem Gegner einen Ersatzanspruch in Höhe des positiven Erfüllungsinteresses zu gewähren. Es ist wohl allgemein anerkannt, daß bei der Verletzung der Anzeigepflicht aus § 663 nur auf das negative Interesse zu erkennen ist[9]). Es ist nicht etwa der Schaden

3) Henle, II. Band, Seite 195.
4) Henle, II. Band, Seite 535, 504, 538.
5) Henle, II. Band, Seite 200; Enneccerus, § 43, III; Kreß, Seite 182; Siber, II, Seite 103. RGR Komm. II. Band, zu § 663, Anm. 3.
6) Literatur dazu siehe bei Siber, II. Band, Seite 102, Anm. 1.
7) Siehe hierzu ausführlich Henle, II. Band, Seite 200 und Enneccerus, § 43 III.
8) Siehe ausführlich dazu Scholz, Seite 44 ff.
9) v. Tuhr, II. Band, Seite 474, Anm. 107; Kreß, Seite 182; Neufeld, § 362 Anm. 8; Oertmann, zu § 663, Anm. 1c; Dernburg, Seite 368, III. RG. Band 104, Seite 267. RGR Komm. zu § 663, Anm. 3; Burchard-de Boor, Seite 152.

zu ersetzen, der aus der Ablehnung des Auftragsangebotes entstanden ist — denn es bestand ja kein Kontrahierungszwang — sondern nur derjenige Schaden, der dadurch entstanden ist, daß der Antragsteller von der Ablehnung nicht unverzüglich Kenntnis erlangt hat.

V. Das Verhältnis des § 663 BGB zu verwandten Bestimmungen.

§ 7. Das Verhältnis des § 663 zu § 146.

Zu behandeln ist ferner die Frage, in welchem Verhältnis die §§ 663 und 146 BGB zueinander stehen. In der Literatur ist, soweit festzustellen war, das Problem bisher nicht näher behandelt worden. § 146 bestimmt, daß der Antrag, an den der Antragsteller nach § 145 BGB gebunden ist, erlischt, wenn er dem Antragsteller gegenüber abgelehnt wird oder wenn er diesem gegenüber nicht nach den §§ 147—149 rechtzeitig angenommen wird. Der Antrag ist also nur für eine gewisse Zeit annahmefähig. Die Länge dieser Frist ist verschieden, je nachdem ob es sich um eine gesetzliche unter Anwesenden nach § 147 Abs. 1 oder unter Abwesenden nach § 147, Abs. 2 handelt oder, da die Vorschrift des § 147 infolge der Bestimmung des § 148 ius dispositivum ist, um eine vom Antragsteller nach freiem Belieben festgesetzte. Der Antragsteller kann also die gesetzliche Frist des § 147 verlängern oder verkürzen. Staub[1]) führt einige Beispiele hierzu an. Kürzere Fristen liegen z. B. dann vor, wenn Drahtantwort gewünscht ist. Auch hier gibt es Variationen, es kann sofortige oder heutige Drahtanwort verlangt werden. Bei einem „dringenden" Telegramm muß der Antragsempfänger auf der Stelle ohne Überlegungszeit mit dringend gemachtem Telegramm antworten. Ist postwendende Antwort verlangt, so bedeutet das, daß eine briefliche Antwort verlangt wird, die mit der nächsten Post abgesandt wird, so daß gerade noch Zeit bleibt, um den Antwortbrief zu schreiben. Hat der Antragsteller keine Frist bestimmt, so kommt § 147 zum Zuge. Dieser unterscheidet, ob der Antrag einem Anwesenden oder einem Abwesenden gemacht ist. Die Vorschrift des § 663 wird bei einem Antrag unter Anwesenden wohl kaum praktisch werden, da, falls der Beauftragte nicht „ausdrücklich" ablehnen wollte, der Antragsteller aus dem ganzen Verhalten des Beauftragten erkennen muß, daß dieser den Antrag nicht annehmen will. Wird der Antrag einem Abwesenden gemacht, so kann er nach § 147 Abs. 2 nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.

1) Staub, Buch 3, Anhang zu § 361 Anm. 38 und 49.

In den Fällen des § 151, in denen der Antragende auf eine Annahmeerklärung verzichtet hat oder eine solche nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten war, bestimmt sich nach Abs. 2 der Zeitpunkt des Erlöschens des Antrags aus dem der Offerte oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden.

Grundsätzlich ist es nun so, daß, falls der Antragsempfänger nicht innerhalb der Annahmefrist des § 146 antwortet, der Antrag erlischt. Der Antragsteller habe keinerlei Ansprüche gegenüber dem Adressaten. Hiervon bildet der § 663 eine Ausnahme. Er legt gewissen Personen unter gewissen Voraussetzungen die Pflicht auf, die Ablehnung eines Auftrags dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Bei Verletzung dieser Anzeigepflicht hat der Antragsteller einen Anspruch gegenüber dem Antragsempfänger auf Ersatz des Schadens, der durch die nicht oder nicht unverzüglich erfolgte Anzeige entstanden ist.

In welchem Verhältnis stehen nun die beiden Paragraphen zueinander? Stehen sie in Widerspruch, ergänzen sie sich oder schließen sie sich aus?

Der § 146 steht im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Er gilt also für a l l e Anträge des BGB, also auch für den Auftragsantrag des § 663. Die beiden Paragraphen stehen nicht in Widerspruch zu einander, da sie verschiedene Fristen betreffen, § 146 bestimmt die Annahmefrist, § 663 die Anzeigefrist bei Ablehnung des Angebotes. Keine schließt die andere aus, § 663 bleibt neben § 146 bestehen. Vergleicht man nun die beiden Vorschriften miteinander, so fällt zunächst die verschiedene Bezeichnung der Fristen auf. In § 663 ist von einer „unverzüglichen" Anzeige die Rede, nach § 146 muß der Antrag „rechtzeitig nach §§ 147—149 angenommen werden." Die in Frage kommenden verschiedenen Fristen des § 146 sind bereits oben angeführt worden. Näher einzugehen ist wohl nur auf die Begriffsbestimmung des § 147 Abs. 2, wonach der Antrag unter Abwesenden nur in dem Zeitpunkt angenommen werden kann, in dem der Antragsteller unter regelmäßigen Umständen den Eingang der Antwort erwarten darf. Was unter „regelmäßigen Umständen" zu verstehen ist, wird im Streitfalle durch richterliches Ermessen zu entscheiden sein. Der Antragsempfänger muß ohne Zeitverlust antworten, das bedeutet aber nicht, daß er die Antwort mit der nächsten Post absenden muß[2]). Notwendig ist aber immer, daß sich der Antragsempfänger einer den Verhältnissen entsprechenden Übermittlung bedient.

---

2) Staub, Seite 303 Anhang zu § 361 Anm. 36/38.

Zu beachten ist noch, daß diese Annahmefrist sich aus drei Fristen zusammensetzt[3]): zunächst die Zeit bis zum Zugang des Antrags an den Adressaten, dann die Zeit, die der Antragsempfänger zur Überlegung und zur Abgabe der Annahmeerklärung braucht, und drittens die Zeit bis zum Zugang der Annahmeerklärung beim Antragsteller. Die Zeitspanne, die zur Überlegung gegeben ist, ist nach d e r Zeit zu bemessen, „in welcher ein ordentlicher Mann über einen Antrag der fraglichen Art zu entscheiden und ihn zu beantworten pflegt" [4]). Es kommt hierbei auf den Inhalt des Antrags an. Besteht eine Verkehrssitte wie z. B. im kaufmännischen Leben, so ist diese zugrunde zu legen. Außerdem ist dem Antragsempfänger auch die Zeit zu belassen, die erforderlich ist, um sich nach der Persönlichkeit unbekannter Antragsteller zu erkundigen[5]). Die drei Zeiträume bilden nur e i n e Frist zusammen, so daß der Annehmende eine Verlängerung eines Zeitabschnittes dadurch ausgleichen kann, daß er eine andere dementsprechend verkürzt. Will er sich z. B. längere Zeit zur Überlegung lassen, so kann er dies durch telegraphische Übermittlung der Annahme des Antrags ausgleichen[6]).

Anders dagegen ist die Bestimmung des Begriffes „unverzüglich". Der Gesetzgeber hat uns hier eine Legaldefinition in § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB gegeben. „Unverzüglich" bedeutet „ohne schuldhaftes Zögern" und ist nicht gleichbedeutend mit „sofort" [7]). Das „sofort" wird durch „jedes" Zögern, das „unverzüglich" wird durch „schuldhaftes" Zögern ausgeschlossen. Durch das Verschuldensmoment erhält der Begriff „unverzüglich" zu dem ihm an sich nur innewohnenden objektiven Wortsinn noch eine subjektive Beimischung[8]). Die Verzögerung darf weder auf Vorsatz noch auf Fahrlässigkeit beruhen. Ob Fahrlässigkeit, also eine Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, vorliegt, läßt sich nur nach den Besonderheiten des einzelnen Falles beurteilen. Fahrlässigkeit kann in einem Fall schon dann vorliegen, wenn die Ablehnung nicht in derselben Stunde erfolgt, in einem anderen Fall dagegen genügt es, wenn erst nach mehreren Tagen geantwortet wird. Durch das Wort „unverzüglich" ist also die Frist relativ bestimmt[9]). Man muß dem Antragsempfänger auf alle Fälle die Zeit lassen, die er zur Überlegung und zur Prüfung der Frage braucht, ob er annehmen will

3) Henle Band I, Seite 97, 98 IV,1 b.
4) Planck I zu § 147 Anm. 3, Seite 390.
5) Staudinger Seite 303 Anh. zu § 361 Anm. 36.
6) Henle, Band I, Seite 98.
7) Planck I. Band; RG Band 64, Seite 159.
8) Weyl in Gruch. Beitr., Band 64, Seite 257.
9) Henle, Band I, Seite 263.

oder nicht. Im Höchstfall sind wohl nicht mehr als einige Tage zuzubilligen, ein längeres Zögern ist als schuldhaft anzusehen. Auszugehen ist stets von einer ordnungsmäßigen Geschäftsführung. Dabei ist zu beachten, daß besondere Verhältnisse, z. B. nach Sachlage erforderliche Erkundigungen, im besonderen Fall statthaft sind[10]). Andererseits hat der Antragsempfänger den Antrag dahin zu prüfen, wie wichtig und wie dringlich er „in Bezug auf seine Ablehnung" ist. Bei wichtigen, größerer Eile bedürftigen Geschäften kann der Auftraggeber, wenn es sich um maßgebende Entschließungen für ihn handelt, erwarten, daß ihm der erforderliche Bescheid auf dem durch die heutigen Verkehrsmittel gegebenen schnellsten Wege zugeht[11]). Es kann hier geboten sein, drahtlich oder durch Fernsprecher die Ablehnung anzuzeigen[12]). Mit dem Reichsgericht[13]) ist zu sagen, daß die Merkmale des rechtlichen Begriffes „unverzüglich" dahin zusammengefaßt werden können, daß zum Festsetzen der Unverzüglichkeit ein nach den Umständen zu bemessendes schleuniges Handeln gehört, wie es bei den ordnungsmäßig und sorgfältig geführten Geschäften im Verkehr beobachtet zu werden pflegt.

Vergleichen wir nun die beiden Fristen miteinander, so sehen wir, daß sie nicht identisch sind. Sie können wohl zufällig gleich lang sein, aber es kann auch der Fall sein, daß eine Frist kürzer ist als die andere. Bekommt z. B. jemand ein Auftragsangebot, so wäre der Fall denkbar, daß, um die Unverzüglichkeitsfrist zu wahren, bei Nichtannahme des Auftragsangebotes telegraphische Anzeige der Ablehnung erforderlich wäre, damit der Antragsteller noch genügend Zeit findet, einem anderen den Antrag zu machen. Will der Beauftragte dagegen annehmen, so würde briefliche Antwort genügen. Gemeinsam haben beide Fristen, daß sie relativ sind, also von Fall zu Fall besonders zu bestimmen sind. Während aber im Falle des § 663 das Verschuldensmoment eine große Rolle spielt, ist dies bei § 146 nicht der Fall. Die Annahmefrist ist also rein objektiv zu bestimmen. Hieraus ergibt sich, daß, wenn der Antragsempfänger auch ohne sein Verschulden die Antwort länger verzögert, als unter regelmäßigen Umständen zu erwarten war, der Antrag dennoch erlischt. Verzögert er aber ohne sein Verschulden die rechtzeitige Anzeige der Ablehnung, so tritt für ihn keine Schadensersatzpflicht ein. An diesem Beispiel ist wohl am besten der Unterschied der beiden Begriffsbestimmungen zu sehen.

Nun ist noch klarzulegen, welche Möglichkeiten sich bei einem Zusammentreffen beider Paragraphen ergeben können.

10) Düringer-Hachenburg, I. Band, Seite 683 zu § 85 II Anm. 5.
11) RG in JW 1915, Seite 1259.
12) Staub III. Band zu § 362 Anm. 13.
13) RG in JW 1906, Seite 707 Anm. 2.

Zunächst ist festzustellen, daß, wenn der Beauftragte seiner Anzeigepflicht aus § 663 genügt, damit der Antrag nach § 146 erloschen ist, selbst dann, wenn die Annahmefrist noch nicht abgelaufen war. Besonders wird dies in den Fällen praktisch werden, in denen der Antragsteller nach § 148 eine längere als die gesetzliche Annahmefrist festgelegt hatte.

Genügt der Antragsempfänger seiner Anzeigepflicht nicht, so sind drei Möglichkeiten gegeben[14]):

1. Beide Fristen sind gleich lang. Dann erlischt die Annahmefähigkeit in demselben Augenblick, in dem die Anzeigefrist abgelaufen ist, und in diesem Moment entsteht auch die Schadensersatzverpflichtung. Falls der Beauftragte auf seine entstandene Schadensersatzpflicht aufmerksam gemacht wird, kann er, um dieser eventuell zu entgehen, nicht mehr den Antrag annehmen.
2. Die Unverzüglichkeitsfrist ist eine kürzere als die Frist des § 146, was bei Anwendung des § 148 meist der Fall sein wird. Dann entsteht die Schadensersatzpflicht mit dem Moment des Ablaufs der Unverzüglichkeitsfrist. Aber der Beauftragte hat immer noch das Recht, die Schadensersatzpflicht von sich abzuwenden, indem er den Antrag, solange die Annahmefrist läuft, noch annehmen kann. Andererseits ist zu beachten, daß, falls der Beauftragte zwischen den beiden Fristen stirbt, die Schadensersatzpflicht bereits entstanden ist, so daß nach § 1922 BGB diese Verpflichtung mit auf den Erben übergeht.
3. Die Annahmefrist ist kürzer als die Anzeigepflicht aus § 663. Dann entsteht die Schadensersatzpflicht nicht schon in dem Augenblick, in dem der Antrag erlischt, sondern erst dann, wenn die Unverzüglichkeitsfrist verstrichen ist. Durch das Erlöschen des Antrags verliert dieser die Fähigkeit, angenommen zu werden. Er kann nicht mehr zum Vertragsabschluß führen. Der Antragsempfänger hat in diesem Falle ebenso wie im Fall 1 nicht mehr die Möglichkeit anzunehmen. Im ersten Augenblick erscheint es nun unsinnig, daß die Ablehnungsfrist noch länger läuft als die Annahmefrist. Dem ist aber nicht so. Denn, falls die Annahmefrist abgelaufen ist, ist wohl die Annahme des Auftrags unmöglich. Trotzdem hat die Anzeige der Ablehnung noch Sinn, denn bei einer noch rechtzeitig erfolgten Anzeige der Ablehnung innerhalb der Unverzüglichkeitsfrist kann der Beauftragte die Schadensersatzverpflichtung von sich abwenden.

14) a. A. Henle II, Seite 200; Abs. 1 am Ende.

§ 8. Das Verhältnis des § 663 zu § 151 BGB.

Es ist unerläßlich, auf das Verhältnis des § 663 zu § 151 einzugehen, da scheinbar beide Paragraphen im Widerspruch zueinander stehen. Die Vorschrift des § 151 Satz 1 lautet:

„Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat."

Der § 151 bildet keine Ausnahme von der Regel der Vertragsentstehung. Nach §§ 145 ff. kommt der Vertrag grundsätzlich durch zwei gegenseitige Willenserklärungen zustande, durch Antrag der einen Partei und Annahme der anderen. Von diesem Grundsatz macht der § 151 keine Ausnahme, auch hier kommt ein Vertrag durch Angebot und Annahme zustande, nur braucht der Annahmewillen nicht dem Vertragsgegner gegenüber erklärt zu werden. Erforderlich ist jedoch, daß der Annahmewille auch hier geäußert wird. Von der Notwendigkeit der Annahmeerklärung dem Antragsteller gegenüber wird aber nur dann abgesehen, wenn nach der Verkehrssitte eine solche Erklärung nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Ein Verzicht liegt dann vor, wenn der Verzichtswille, der formlos gültig ist, unmittelbar oder mittelbar durch das Verhalten des Antragenden zum Ausdruck gekommen ist[1]). Beispiele für das Zustandekommen eines Vertrages nach § 151 sind die sehr häufig vorkommenden folgende Fälle:

Ein Gast bestellt von auswärts ein Zimmer. Nach der Verkehrssitte ist nicht damit zu rechnen, daß der Hotelbesitzer antwortet, sondern der Vertrag kommt dadurch zustande, daß der Hotelbesitzer seinen Annahmewillen äußerlich in die Erscheinung treten läßt, z. B. durch Eintragen des Namens auf der Tafel, durch Herrichten oder Bereithalten des Zimmers oder indem er einem Angestellten gegenüber erklärt, daß ein Zimmer für den Gast zu reservieren sei. Benutzt der Gast das bestellte Zimmer nun nicht an dem angegebenen Tag, so hat er, da der Vertrag nach § 151 zustande gekommen ist, dennoch den Preis für das Zimmer zu zahlen. Will der Hotelbesitzer dagegen den Gast nicht in seinem Hause aufnehmen, so braucht er gar nichts zu unternehmen. Er braucht nicht etwa ablehnend zu antworten, da der Gastaufnahmevertrag kein Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne von § 675 ist, so daß § 663 keine Anwendung findet.

1) Staub, III. Band, Anhang zu § 361 Anm. 69.

Eine andere Gruppe von Verträgen, die nach § 151 zustande kommen, ist die Bestellung von Waren unter dem Ersuchen um sofortige Zusendung[2]). Die Vertragsannahme braucht auch hier dem Besteller gegenüber nicht erklärt zu werden, da dies nach der Verkehrssitte nicht üblich ist. Die Annahme erfolgt hier dadurch, daß die Waren geliefert werden.

In diesen beiden Beispielen kann der Besteller auch ausdrücklich auf die Annahmeerklärung verzichtet haben, z. B. durch die Worte: „Eine Antwort erwarte ich nicht."

Eine dritte Art hierhergehöriger Verträge sind die Annahmen von unbestellten Zusendungen, sog. Realofferten. Die Zusendung der Waren stellt einen Antrag zum Abschluß eines obligatorischen Kaufvertrages und eines dinglichen Übereignungsvertrages dar. Der Vertrag kommt auch hier meist nicht durch Annahmeerklärung dem Offerenten gegenüber zustande, sondern z. B. durch Beschreiben der zugesandten sog. Künstlerpostkarten, Aufschneiden der zur Ansicht gesandten Bücher, Einverleiben derselben in die Bibliothek, Verschenken der Bücher oder Übergabe an den Buchbinder zwecks Einbinden. Auch das Öffnen der Zigarrenkiste und Rauchen der unbestellt zugesandten Zigarren läßt den Kaufvertrag zustande kommen[3]).

In allen diesen Fällen des § 151 schweigt der Gegner dem Antragsteller gegenüber, trotzdem kommt der Vertrag zustande. Schweigt der Gegner dagegen in den Fällen des § 663, so kommt kein Vertrag zustande, sondern der Beauftragte haftet nur auf Schadensersatz. Es sieht also scheinbar so aus, als ob beide Paragraphen in Widerspruch zueinander stehen würden. Dem ist aber in Wirklichkeit nicht so. Wohl hat in beiden Fällen das Schweigen rechtliche Bedeutung. Beide Paragraphen haben gemeinsam, daß sie eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz bilden, daß das Schweigen einer Person auf einen ihr zugegangenen Vertragsantrag ohne rechtliche Bedeutung ist.

Wenn es nun so aussieht, als ob das Schweigen nach § 151 und § 663 verschiedene Rechtswirkungen habe, so ist das jedoch nur scheinbar. Denn der Rechtsgrund für das Zustandekommen des Vertrages nach § 151 bildet nicht das Schweigen dem Antragsteller gegenüber, sondern die tatsächliche Vertragsannahme, die nur nicht dem Antragsteller gegenüber erklärt zu werden braucht. Bloßes Schweigen ohne wirklichem Annahmewillen hat nach § 151 niemals das Zustandekommen eines Vertrages zur Folge.

In § 663 dagegen ist von einer Annahme des Vertrages keine Rede. Antwortet derjenige, dem ein Auftragsangebot auf Be-

2) RG Band 102, Seite 370.
3) Henle, Band I.

sorgung eines Geschäftes zugeht, dem Auftraggeber nicht, so gilt das Schweigen nicht als Annahme. Der Vertrag ist nicht zustande gekommen.

Es ist also so, daß in den Fällen des § 151 der Vertragspartner eine Willensäußerung abgibt, also auf den Antrag reagiert, wenn auch dieser Annahmewille zunächst nicht zur Kenntnis des Antragenden gelangt. In den Fällen des § 663 dagegen gibt der Beauftragte gar keine Willenserklärung ab.

Ferner haben beide Paragraphen gemeinsam, daß sie den Verkehrsbedürfnissen Rechnung tragen. Während § 151 aber auf Erleichterung und Schnelligkeit des Vertragsabschlusses hinzielt, ist dies bei § 663 nicht der Fall, denn § 663 hat mit einem Vertragsabschluß gar nichts zu tun. § 151 begünstigt die Abschlußfreiheit, während dies bei § 663 nicht der Fall ist.

Auch die Parteiinteressenwahrung ist bei beiden Paragraphen eine verschiedene. Der Wortlaut ergibt, daß § 151 dem Antragsempfänger nicht wie in § 663 eine Verpflichtung auferlegen wollte, sondern ihn im Gegenteil von der Annahmeerklärung befreien wollte. § 151 dient sowohl dem Interesse des Antragstellers als auch dem des Annehmenden, da beide Parteien auf eine rasche Abwicklung des Geschäftes bedacht sind. Jedoch ist das Interesse des Annehmenden überwiegend, da er die Kosten der Übermittlung der Annahmeerklärung an den Antragsteller spart. § 663 dagegen dient nur dem Interesse des Auftragsgebers, während der Beauftragte durch die Vorschrift des § 663 insofern belastet ist, als er bei Ablehnung des Antrags zur Vermeidung einer eventuellen Schadensersatzpflicht dem Antragsteller antworten muß.

Gemeinsam haben die §§ 151 und 663 noch, daß beide Vorschriften weder für die Annahme noch für die Ablehnung des Vertrages Vermutungen aufstellen. Während der § 151 sich mit der Annahme beschäftigt, bestimmt der § 663 hierüber gar nichts, im Gegenteil: er behandelt gerade den umgekehrten Fall, daß der Antrag abgelehnt wird.

Zu beachten ist stets folgendes: Liegen die Voraussetzungen des § 663 vor, so ist immer zunächst zu prüfen, ob nicht auch die Voraussetzungen des § 151 gegeben sind, ob nicht nach dem Grundsatz des § 151 der Beauftragte seinen Annahmewillen getätigt hat, ohne ihn jedoch dem Auftraggeber gegenüber erklärt zu haben, weil dies nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten war oder der Auftraggeber darauf verzichtet hatte. Ist dies der Fall, dann kommt § 663 gar nicht mehr zum Zuge, da er voraussetzt, daß der Beauftragte den Antrag nicht annimmt. Vielmehr ist in diesem Fall dann nach § 151 der Vertrag zustande gekommen. Wo also § 151 Platz greift ‚ist für

den Tatbestand des § 663 kein Raum mehr.

Hier zeigt sich auch der Unterschied in der Haftung. Im Falle des § 151 haben beide Parteien, weil ein Vertragsabschluß vorliegt, den Anspruch auf Erfüllung des Vertrages. Kommt eine Vertragspartei ihrer Erfüllungspflicht nicht nach, so hat die andere einen Anspruch auf das positive Erfüllungsinteresse. Ganz anders liegt es beim § 663. Hier ist kein Vertragsschluß erfolgt, deshalb kann nicht auf Erfüllung geklagt werden. Hier entsteht bei Verletzung der Anzeigepflicht nur ein Anspruch auf Ersatz des Schadens, der dadurch entsteht, daß die Ablehnung der Übernahme der Geschäftsbesorgung dem Auftraggeber gegenüber nicht unverzüglich angezeigt ist. Dieser Schaden wird sich allerdings oft mit demjenigen decken, der bei Nichtausführung eines abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages entsteht, so daß hinsichtlich der Höhe des Schadensersatzanspruches der nach § 663 Verpflichtete oft den gleichen Schadensersatz leisten muß, als wenn der Auftragsvertrag nach § 151 geschlossen und schuldhaft nicht eingehalten wäre.

Auch wenn die Voraussetzungen des § 151 nicht gegeben sind, so ist immer noch, ehe der Rechtssatz des § 663 zur Anwendung kommt, zu prüfen, ob nicht eine stillschweigende Annahme des Auftragsvertrages nach §§ 133, 157 erfolgt ist. Denn es ist sehr wohl möglich, daß unter besonderen Umständen die Unterlassung der Ablehnung gemäß den §§ 133, 157 als Annahme des Auftrags anzusehen ist[4]). Liegt eine solche vor, so kommt ebenfalls wie bei § 151 die Vorschrift des § 663 nicht mehr zum Zuge.

§ 9. Das Verhältnis des § 663 BGB zu § 30 der Rechtsanwaltsordnung und zu § 362 HGB.

I. Als lex specialis dem § 663 BGB gegenüber gilt der § 30 der Rechtsanwaltsordnung von 1878[1]), der bestimmt:

„Der Rechtsanwalt, dessen Berufstätigkeit in Anspruch genommen wird, ist verpflichtet, wenn er den Antrag nicht annimmt, die Ablehnung ohne Verzug zu erklären, widrigenfalls er den durch die Verzögerung erwachsenen Schaden zu ersetzen hat."

Würde diese Vorschrift des § 30 fehlen, so käme bei unentgeltlicher Berufstätigkeit des Rechtsanwalts die Bestimmung des § 663 BGB zum Zuge. Bei entgeltlicher Tätigkeit fände die Vorschrift

4) Düringer-Hachenburg, IV. Band, Seite 767 zu § 362 Anm. 6.

1) Literatur dazu: Komm. z. Rechtsanw. O. von Dr. Adolf und Max Friedlaender, 3. Auflage 1930, Dr. Fritz Meyer, Die Rechtsanwaltsordnung. Berlin 1879, Neubert, Rechtsanw. Ordn. 1935.

des § 675 BGB in Verbindung mit § 663 Anwendung, da dann ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, vorliegt. Der Rechtsanwalt würde unter die Gruppe derjenigen Personen fallen[2]), die zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt sind.

Auch für den Rechtsanwalt gilt der Grundsatz, daß ein Kontrahierungszwang nicht besteht[3]). Aus Ausnahme davon sind die Fälle der richterlichen Beiordnung, wie Not- und Pflichtvertretungen und -verteidigungen anzusehen. Aus den Motiven[4]) geht aber hervor, daß es, obgleich der Rechtsanwalt nicht zur Übernahme des Auftrags verpflichtet ist, erwünscht sei, daß er in allen Fällen, in denen seine Tätigkeit in Anspruch genommen wird, seinen Beruf ausüben werde. Unter Umständen könnte bei Ablehnung ein ehrengerichtliches Verfahren eingeleitet werden, da es zu dem nobile officium des Rechtsanwalts gehört, daß er seine Berufstätigkeit nicht ohne triftigen Grund versagt.

Da es also im Belieben des Rechtsanwalts steht, ob er einen Auftrag annehmen will oder nicht, so soll er verpflichtet sein, die Ablehnung ohne Verzug zu erklären. Der Grund ist der, daß der Auftraggeber bei den meist vorgeschriebenen kurzen Fristen imstande sein soll, rechtzeitig die Maßnahmen zu treffen, um Versäumnisse und andere Nachteile abzuwenden. Eine weitergehende Verpflichtung des Rechtsanwalts[5]), Vorsorge zu möglichster Abwendung der Versäumnisse und Nachteile zu treffen, wie es nach der Advokatenordnung für Sachsen § 16 und der Anwaltsordnung für Oldenburg Art. 5 § 2 vorgesehen war, ist dem Rechtsanwalt nach der reichsrechtlichen Regelung nicht mehr auferlegt. Die Folge der nicht unverzüglich erklärten Ablehnung des Auftragsangebotes ist also lediglich die Pflicht, den durch die Verzögerung erlittenen Schaden zu ersetzen. Diese Schadensersatzpflicht ist im Gegensatz zu § 663 BGB ausdrücklich in § 30 Rechtsanwaltsordnung ausgesprochen. Aus den Motiven[6]) geht hervor, daß bewußt von mehreren Partikulargesetzgebungen, so dem Preußischen Allgemeinen Landrecht I, 13 § 14 und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen § 1298, wonach Schweigen als Annahme galt, abgewichen ist. Der Grund zu einer solchen Regelung ist darin zu finden, daß die Fiktion in den Fällen, in denen der Rechtsanwalt nach § 31 seine Berufstätigkeit versagen muß, unzutreffend wäre.

2) Protokolle II, Seite 353.
3) EGH XIV, 19; XX, 34, 37, 41.
4) Motive, Seite 52, 53.
5) Meyer zu § 30 Anm. 4.
6) Motive, Seite 54.

Wir sehen also, daß in § 30 Rechtsanwaltsordnung und § 663 BGB dieselben Rechtsfolgen bei Verletzung der Anzeigepflicht eintreten und daß § 30 dem § 663 als lex specialis vorangeht.

II. Zum Schluß ist noch auf das Verhältnis des § 663 BGB zu einer entsprechenden Vorschrift des Handelsrechts einzugehen. Auch im Handelsrecht gilt der Grundsatz, daß bloßes Schweigen im Rechtsverkehr ohne Bedeutung ist. Eine Ausnahme hiervon bildet der § 362 HGB, der viel Ähnlichkeit mit der Vorschrift des § 663 BGB besitzt. Diese handelsrechtliche Bestimmung ist jedoch sowohl in den Voraussetzungen als auch in den Rechtsfolgen von § 663 BGB verschieden.

Der § 362 Abs. 1 lautet:

„Geht einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Das Gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte verpflichtet hat."

Wir haben es hier mit einer Vorschrift zu tun, die im Interesse einer raschen Verkehrsabwicklung, wie der Handel sie verlangt, gegeben ist. Der Antragsteller soll Klarheit haben und disponieren können, ohne lange im ungewissen zu sein.

Der unmittelbare Vorläufer des § 362 HGB ist der Art. 323 des ADHGB von 1869, der fast wörtlich übernommen ist. Er basierte auf dem Zusammengehörigkeitsgefühl der Kaufleute untereinander, die es als ihre moralische Pflicht ansahen, ihrem Geschäftspartner keine Benachteiligung dadurch zuzufügen, daß sie ihn auf einen Antrag zum Geschäftsabschluß ohne Antwort ließen. Nunmehr jedoch besteht diese gewohnheitsrechtliche Antwortpflicht nicht mehr generell, sondern nur noch dann, wenn die beiden Vertragsparteien in Geschäftsverbindung miteinander stehen, und auch dann nur, wenn noch andere bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.

Gemeinsam haben der § 663 BGB und der § 362 HGB, daß in beiden Paragraphen kein Rechtszwang zum Kontrahieren besteht, wie er noch im Entwurf zum Art. 301 ADHGB bei Gefahr im Verzug beantragt wurde[7]). Mit Recht ist dieser Antrag abgelehnt worden, weil der Antragsempfänger dadurch zu stark belastet worden wäre. Diese Bestimmung hätte zu tief in die Vertragsfreiheit des

7) Protokolle der Kommission zur Beratung eines ADHGB, Seite 4579.

Kaufmanns eingegriffen und wäre durch nichts gerechtfertigt gewesen.

In beiden Gesetzesbestimmungen sind nicht alle Personen, denen ein Antrag auf Ausführung einer Geschäftsbesorgung zugeht, antwortpflichtig. Gemeinsam ist beiden Paragraphen der Fall, daß der Antragsempfänger sich dem Antragssteller gegenüber zur Besorgung von Geschäften erboten bzw. verpflichtet hat. Der Begriff der Geschäftsbesorgung ist bereits oben (siehe § 2) behandelt. Es besteht kein Grund zu der Annahme, daß der Ausdruck „Geschäftsbesorgung" im § 362 HGB eine andere Bedeutung habe als in den Vorschriften des X. Titels des BGB[8]).

Während aber der § 663 außerdem als Voraussetzung der Anzeigepflicht eine öffentliche Bestellung oder ein öffentliches Erbieten anführt, ist nach der handelsrechtlichen Bestimmung erforderlich, daß der Gewerbebetrieb des Kaufmanns die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, und daß beide Parteien in Geschäftsverbindung miteinander stehen. Die Antwortpflicht entspringt also hier der Geschäftsverbindung. Unter Geschäftsverbindung[9]) ist die handelsrechtliche Beziehung zwischen den Parteien zu verstehen, die individuell-persönlich ist und den Charakter des Dauernden hat. Es gehört dazu die beiderseitige Willensübereinstimmung, fortgesetzt, gleichviel auf welche Dauer, Geschäfte miteinander zu machen. Eine solche Geschäftsverbindung kann bereits bestehen, wenn nur ein „Geschäftsbesorgungsvertrag" bisher zwischen den Parteien abgeschlossen ist, dieser Vertrag aber nur der erste von einer Mehrzahl folgender Vertragsschlüsse sein sollte. Die Geschäftsverbindung muß also derart sein, daß der Antragsteller erwarten kann, daß der Kaufmann das Geschäft besorgen werde.

Ein weiterer Unterschied in den Voraussetzungen der beiden Vorschriften ist in subjektiver Hinsicht gegeben, und zwar in der Berufsstellung des Antragsempfängers. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 362 HGB ist, daß derjenige, der als Geschäftsbesorger in Frage kommt, Kaufmann ist. Es ist einerlei[10]), ob er Voll- oder Minderkaufmann ist (nach §§ 1—4 HGB), oder ob er infolge unrichtiger Eintragung ins Handelsregister nach § 5 nur als Kaufmann gilt. Ebenso kommt § 15 zum Zuge, wonach derjenige als Kaufmann zu behandeln ist, der im Rechtsverkehr als solcher auftritt[11]). Andererseits ist es nicht von Bedeutung, ob der Antragende Kaufmann ist oder nicht.

8) Ritter, zu § 362 Nr. 2, Seite 492.
9) RG Band 28, Seite 322.
10) Staub zu § 362.
11) RG in JW 1907, Seite 314.

Im Falle des § 663 BGB dagegen ist es in Bezug auf beide Teile gleichgültig, ob sie Kaufleute sind oder nicht.

Während in § 663 BGB von „Auftrag" die Rede ist, vermeidet § 362 HGB diesen Ausdruck und ersetzt ihn durch „Antrag über die Besorgung von Geschäften". Aus der Denkschrift zum Entwurf eines HGB[12]) geht hervor, daß das Wort „Auftrag", das noch im Art. 323 ADHGB gebraucht worden ist, bewußt fortgelassen ist. Der Grund dazu ist der, daß der Gesetzgeber die bürgerlich-rechtliche Definition des Begriffes „Auftrag" im Sinne von §§ 662 ff. BGB nicht in einem anderen Sinn, nämlich dem der Entgeltlichkeit im HGB, gebrauchen wollte.

Während bisher die Voraussetzungen beider Paragraphen verglichen wurden, soll jetzt von den Rechtsfolgen die Rede sein. Nach beiden Vorschriften ist von einer Verpflichtung des Antragsempfängers die Rede. Nach der Vorschrift des BGB ist er „verpflichtet, die Ablehnung unverzüglich anzuzeigen." Die handelsrechtliche Bestimmung „verpflichtet ihn, unverzüglich zu antworten". Das Wort „unverzüglich" bedeutet in beiden Fällen nach der Definition des § 121 BGB Abs. 1 Satz 1 „ohne schuldhaftes Zögern" (siehe oben § 6).

Nun führen Ritter[13]) und Düringer-Hachenburg[14]) mit Recht aus, daß das Wort „verpflichtet" in beiden Vorschriften keineswegs dieselbe Bedeutung haben kann. In § 663 BGB ist der Ausdruck „verpflichtet" mit Absicht gebraucht, da die Verletzung der Ablehnungspflicht die Schadensersatzpflicht nach sich zieht. Anders liegt der Fall des § 362 HGB. Hier kann die Ausdrucksweise leicht zu Mißverständnissen führen. Die Schadensersatzpflicht basiert nicht auf dem Nichtantworten als solchem, sondern auf der gesetzlichen Fiktion, daß Schweigen als Annahme gilt. Es ist also keine Antwortpflicht im eigentlichen Sinne, denn es steht dem Kaufmann frei, ob er antworten will oder nicht. Der Antragsteller hat keinen Anspruch darauf. Antwortet der Antragsempfänger nicht, so gilt eben sein Schweigen als Annahme. Richtig müßte die Vorschrift des § 362 HGB also lauten: „so muß er ablehnen, falls nicht sein Schweigen als Annahme gelten soll."

Der wesentliche Unterschied in der Tragweite der §§ 362 HGB und 663 BGB zeigt sich dann, wenn die Antwortpflicht verletzt wird. § 663 BGB sagt nichts über die Folgen der Pflichtverletzung aus, während § 362 HGB ausdrücklich erklärt, daß Schweigen als Annahme gilt. Nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz kommt durch

12) Seite 217.
13) Ritter zu § 362, Anm. 7 und Anm. 4, Seite 493 f.
14) Düringer-Hachenburg zu § 362 Anm. 16.

das Schweigen im Falle des § 663 BGB kein Vertrag zustande. Bei der handelsrechtlichen Bestimmung dagegen entsteht der Vertrag schon allein durch das Schweigen des antwortpflichtigen Antragsempfängers. Brodmann[15]) nimmt an, daß der Vertrag ohne Annahme, also durch einen einseitigen Akt zustande kommt. Aber dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Es ist mit der herrschenden Meinung[16]) anzunehmen, daß wir es hier mit einer Fiktion zu tun haben. Der Gesetzgeber hat das Wörtchen „gilt" verwandt, das bedeutet, daß er das Schweigen der Annahme gleichsetzt, ohne zu berücksichtigen, ob der Antragsempfänger den Willen zur Annahme hatte oder nicht. Ein Gegenbeweis, daß der Schweigende in Wirklichkeit etwas anderes wollte, ist unzulässig. Ja, selbst bei entgegenstehendem Willen des antwortpflichtigen Kaufmanns ist durch die Macht des Wörtchens „gilt" der Vertrag zustande gekommen. Wollte der Antragsempfänger dies nicht, so hätte er ja die Möglichkeit gehabt, durch unverzügliches Antworten die Wirkung der Fiktion nicht eintreten zu lassen. Es muß von jedem Kaufmann, der durch die Vorschrift des § 362 HGB erfaßt wird, verlangt werden, daß er weiß, welche Folgen das Nichtantworten auf ein Vertragsangebot nach sich zieht. Danach hat er seinen Geschäftsbetrieb einzurichten und im Falle längerer Abwesenheit muß er rechtzeitig für einen Vertreter sorgen.

Dieser Fall, daß selbst gegen den Willen des Antragsempfängers der Vertrag zustande kommt, zeigt deutlich, daß der § 362 HGB weit über den Rahmen des § 151 BGB hinausgeht. Es ist unerläßlich, hier kurz auf das Verhältnis des § 362 HGB zu § 151 BGB einzugehen[17]). Die Gegenüberstellung des § 151 BGB mit § 663 BGB ist bereits oben (§ 7) erfolgt. Während die Rechtsfolgen des Schweigens bei den §§ 151 und 663 BGB verschieden waren, sind sie bei den §§ 151 BGB und 362 HGB gleich. In beiden Fällen kommt der Vertrag trotz Schweigens zustande. Aber im Falle des § 151 BGB setzt das Schweigen stets voraus, daß es rechtsgeschäftliche Bedeutung habe. Hier hat der Antragsempfänger tatsächlich den Antrag angenommen, nur ohne die Annahme dem Antragsteller gegenüber erklärt zu haben. In § 362 HGB dagegen kommt der Vertrag lediglich durch das bloße Schweigen des Kaufmanns zustande. § 362 HGB sieht von jeder Annahmehandlung ab. Es wird hier der reine Tatbestand des Schweigens als solcher einer Annahmehandlung gleichgesetzt. Wir erkennen also, daß die Vor-

15) Brodmann in Ehrenbergs Hdb., Band IV,2, Seite 33.
16) Düringer-Hachenburg zu § 362 Anm. 9, v. Tuhr, Band II, Seite 423, Staub-Könige § 362 Anm. 15.
17) Staub zu § 151, Seite 331 Anm. 19.

schriften der §§ 663, 151 BGB und 362 HGB keinesfalls im Widerspruch zueinander stehen. Jede Bestimmung hat ihre eigene Bedeutung. Die Verschiedenheit der drei Rechtssätze liegt auf der Hand.

Nunmehr ist noch auf die Höhe des Schadensersatzes in den Vorschriften des § 663 BGB und des § 362 HGB einzugehen. Da im Falle des § 663 BGB kein Vertrag zustande gekommen ist, kann der Antragsteller nicht auf Erfüllung klagen, bzw. nicht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Er kann lediglich den Ersatz des Schadens verlangen, der dadurch entstanden ist, daß die Ablehnung der Anzeige nicht unverzüglich erfolgt ist. Im Falle des § 362 HGB dagegen können, da ein Vertrag vorliegt, beide Parteien auf Erfüllung des Vertrages klagen. Leistet der Vertragspartner nicht, so kann auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geklagt werden, d. h. das positive Interesse ist zu ersetzen.

Die Vorschrift des § 362 HGB geht auch in einem anderen Punkt über den § 663 BGB hinaus. Selbst dann, wenn der Kaufmann den Antrag ablehnt, hat er nach Abs. 2 noch Pflichten dem Antragsteller gegenüber. Er ist verpflichtet, etwaige mit dem Antrag übersandte Waren in Obhut zu nehmen, vorausgesetzt, daß er für die Kosten gedeckt ist und die Aufbewahrung ihn nicht benachteiligt. Eine entsprechende Vorschrift fehlt beim § 663 BGB.

Wir sehen also, daß die Bestimmung des § 362 HGB bedeutend einschneidender ist als diejenige des § 663 BGB. Dies ergibt sich aus dem immer wieder vertretenen Grundsatz, daß an einen Kaufmann in seinem Handelbetrieb größere Ansprüche gestellt werden können als an den Nichtkaufmann.

Nun ist es auch möglich, daß die Voraussetzungen beider Paragraphen erfüllt sind. Als Beispiel führt Staub[18]) den Fall an, daß ein Reisebüro, dessen Inhaber Kaufmann ist, sich jemandem gegenüber erboten hat, Fahrscheine zu besorgen. Nunmehr geht ihm ein solcher Antrag zu. Dieser Tatbestand erfüllt sowohl die Erfordernisse des § 663 BGB als auch des § 362 HGB. Da die Bestimmungen des Handesrechts nach Art. 2 Abs. 1 EGHGB als lex specialis denjenigen des BGB vorgehen, so kommt die Vorschrift des § 362 HGB zur Anwendung. Antwortet das Reisebüro also nicht unverzüglich, so bedeutet sein Schweigen Annahme. Es kann also auf Ausführung des Auftrags verklagt werden, bzw. der Antragsteller kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Anders läge der Fall, wenn das Reisebüro sich nur öffentlich erboten hätte, Fahrscheine zu besorgen und mit dem Antragsteller nicht

18) Staub 14. Auflage, Band III, zu § 362 Anm. 22.

in Geschäftsverbindung stände. Dann wären nur die Voraussetzungen des § 663 BGB erfüllt und bei nicht unverzüglicher Ablehnungsanzeige hätte das Reisebüro in diesem Fall nur das negative Interesse zu ersetzen.

Lebenslauf.

Am 15. Juli 1905 wurde ich als Tochter des verstorbenen Landwirts Valentin Sandrock und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Zieße in Kassel geboren. Am 3. März 1930 erhielt ich das Reifezeugnis der Oberrealschule zu Oberursel (Taunus). Ich studierte die Rechtswissenschaften in Rostock, München, Genf und Marburg und bestand die erste juristische Staatsprüfung am 22. Dezember 1934 in Kassel.